٥٤٠٠٩

إجــراءات التقاضــى

فى

الفقه الإسلامى

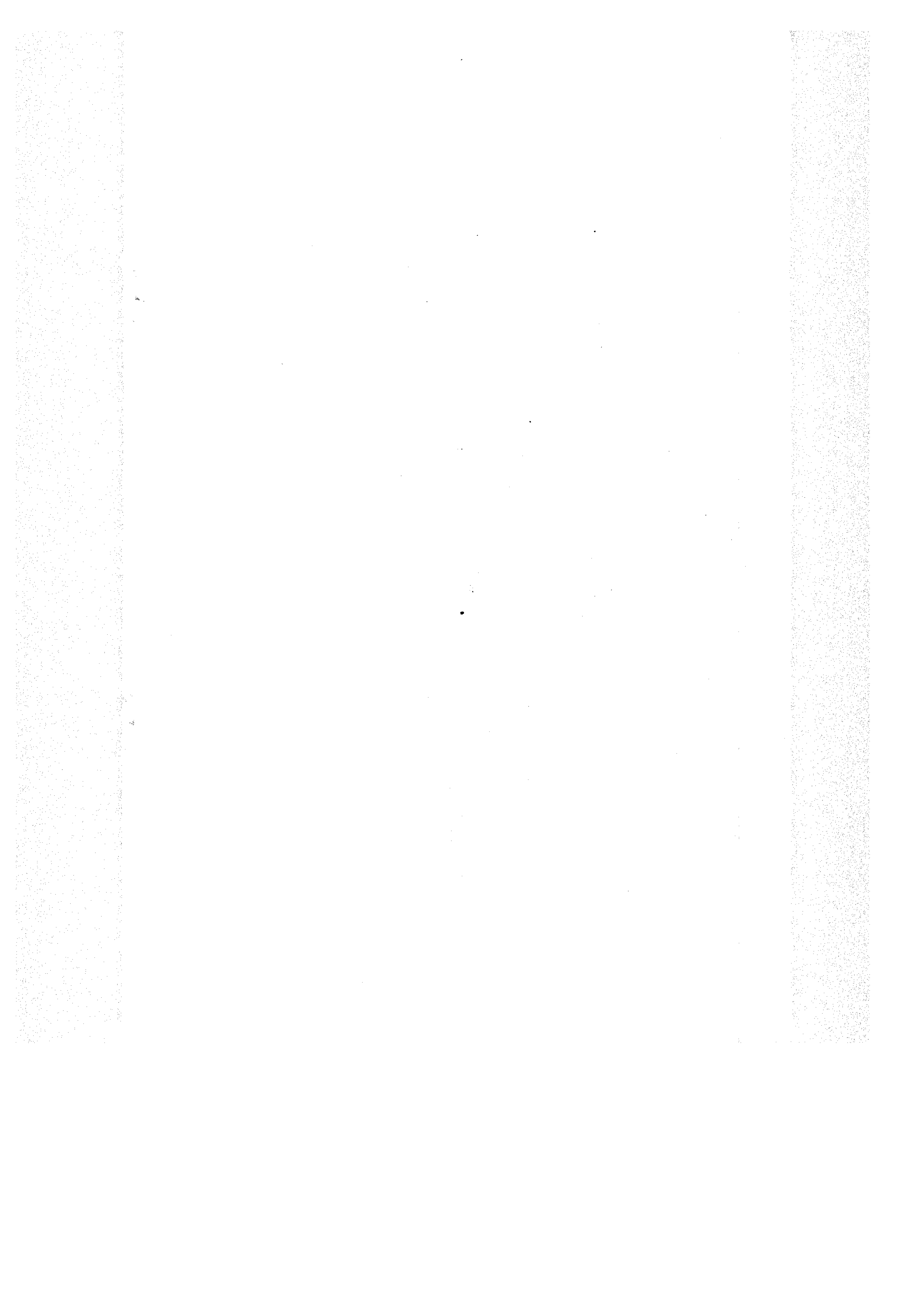
دكتور

جابر على مهران

أستاذ الشريعة الإسلامية

وعميد كلية الحقوق – جامعة أسيوط سابقا

٢٠١١



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى أرسل رسله بالبينات، وأنزل معهم الكتاب والميزان، ليقوم الناس بالقسط. ووصف نفسه سبحانه وتعالى بأنه هو الحكم العدل.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله خير بشر، قضى بين بشر، وعلمنا بسنته القولية والفعلية كيف نقضى بين الناس بالحق، وعلى آله وصحابته الكرام، ومن أتى بعدهم من التابعين وتابعيهم بإحسان الى يوم الدين.

وبعد

فانه على الرغم من دقة ما كتبه علماء الفقه الإسلامى فى الأجيال السابقة فى القضاء، وإجراءاته وطرقه، وعلى الرغم من مجئ هذه الكتابة على وجه الشمول والإحاطة بكل إجراءات التقاضى فى الإسلام، كتابة تكشف عن دقة وعظمة الفقه الإسلامى، وثرائه، ووفائه بالحاجة، فإن المعاصرين من الكاتبين اقتصر همهم عند تعرضهم للقضاء فى الإسلام على شروط القاضى، وآدابه، وعلى طرق القضاء. وأغفلوا تناول إجراءات التقاضى ولعل مرد ذلك الى اعتقاد البعض منهم أن ما ابتكره القضاء فى هذا الجانب إجتهادا واستنباطا كان ملائما للعصور السابقة أما عصرنا الحالى فقد تغير وجه المصلحة فيه، وبرزت الى الوجوه دعاوى، وتزييفات، وتلبيسات لم تكن لتخطر بالبال، ولا لتقع تحت التصور والخيال.

والذى تطور وفقا لتطور الحوادث إنما هو قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو قانون شكلى ليس هناك ما يبرر وصفه بكونه

إسلاميا أو غير إسلامي. إلا أنه مع هذه النظرة التى لا تتطابق مع الواقع فإنه يبقى من المفيد على وجه القطع عرض ما قاله الفقهاء وفصلوه فى هذا الموضوع.

فإنه لا يوجد منصف يستطيع أن ينكر ان نظام التقاضى أدى الى كثير من التعقيدات التى عوقت سير العدالة وأصبح تأخير الفصل فى المنازعات القضائية مثارا للشكوى ومثيرا للضرر وباعثا للضغينة بين الناس باستمرار خصوماتهم الزمان الطويل قبل الفصل فيها.

حتى أنه لو تأمل الباحثون عن الحل فى إجراءات التقاضى كما فصلها الفقهاء لوجدوا فيها حلولا عملية منطقية لتلك المشكلة التى تبدوا كما لو كانت مستحيلة الحل.

ثم انه من جهة أخرى لا يمكن أن يتحقق لنا استقلال فكرى الا ببعث تراثنا العلمى من مرقده فما صلح منه للتطبيق كما هو عليه أبقيناه على حاله، وعدلنا عن الأخذ بالقوانين المأخوذة من غير أرباب ديننا، ولا أبناء بيئتنا. وما كان صالحا فى أصله وشابه بعض العيوب - ذلك لأنه غير مأخوذ من قرآننا وسنتنا - إجتهدنا فيه جهد الطاقة حتى يسلم مما شابه، وبذا يقتصر اقتباسنا من أنظمة غيرنا على ما ليس له بديل عندنا - ولن تجد ذلك بالكثير -، ذلك أدعى الى وصل ما انقطع من تطوير فقهنا الإسلامى وهى غاية شريفة، ومصلحة محققة لنا فى دنيانا واخرانا.

"ان أريد الا الاصلاح ما استطعت وما توفيقى الا بالله"

ولعل الله سبحانه وتعالى يمن علىّ بنعمة التوفيق وأن يرزقنى وسائر عملى حسن القبول والله سبحانه وتعالى حسبى ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

مقدمة:

بحثنا فى إجراءات التقاضى ينحصر فى نطاق عمل القاضى الذى هو من قبيل العمل القضائى، ولا شأن لنا بالعمل الولائى، لأن هذا النوع من العمل سلطة مخولة للقاضى بحكم وظيفته يباشرها بنفسه أو بمن ينيبه عنه فى ذلك وليس لصاحب الشأن التدخل فيه إلا بقدر ما يوضح من جوانب المسألة التى ينظر القاضى فيها.

ولا يفوتنا أن نذكر أن هناك فرقا جوهريا بين العمل القضائى والعمل الولائى وهو أن القاضى فى العمل القضائى يصدر قراره بناء على ما يثبت لديه من الأدلة. أما النوع الثانى فقراره انما يصدر فيه بناء على ما يترجح له من المصلحة.

وقد تعرضت كثير من الكتب لذكر الفروق بين نظر المظالم ونظر القضاة ومن هذه الكتب، الأحكام السلطانية للقاضى الحنبلى ص ٧٩ ولسنا بصدد ذكر تلك الفروق ولا التعرض لها لأن ذلك ليس داخلا فى الموضوع الذى نقصده. وعلى هذا فاننا نبدأ بحمد الله وعونه فى موضوعنا بادئين فيه على الوجه التالى:-

الفصل الأول

الدعوى

وتناول هذا الفصل فى عدة مباحث:-

المبحث الأول: تعريف الدعوى، بيان طبيعتها.

المبحث الثانى: أركانها.

المبحث الثالث: شروط سماعها.

المبحث الأول

تعريف الدعوى وبيان طبيعتها ومشروعيتها

نتناول فى المبحث الأول ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: تعريف الدعوى.

المطلب الثانى: بيان طبيعة الدعوى.

المطلب الثالث: مشروعية الدعوى.

ونبدأ بالكلام فى المطلب الأول فنقول وبالله تعالى التوفيق.

المطلب الأول

تعريف الدعوى

يقتضي كلامنا في تعريف الدعوى أن نذكر تعريفها في اللغة وتعريفها في الإصطلاح.

أولا - تعريف الدعوى لغة:.

جاء في المصباح المنير(١): "الدعوة بالكسر ادعاء الولد الدعي غير أبيه يقال هو دعي بين الدعوة بالكسر إذا كان يدعى الى غير أبيه أو يدعيه غير أبيه فهو بمعنى فاعل من الأول وبمعنى مفعول من الثاني، والدعوة بالفتح في الطعام اسم من دعوت الناس إذا طلبتهم ليأكلوا عندك يقال نحن في دعوة فلان ومدعاته ودعائه ... ودعوى فلان كذا أي قوله.

وأدعيت الشئ تمنيته أو طلبته لنفسي والاسم منه الدعوى. قال ابن فارس الدعوة المرة وبعض العرب يؤنثها بالألف فيقول الدعوى، وقد يتضمن الادعاء معنى الإخبار فتدخل الباء جوازا فيقال فلان يدعى بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه وجمع الدعوى الدعاوى بكسر الواو وفتحها وقال بعضهم الفتح أولى وذهب آخرون إلى أن الكسر أولى وهو المفهوم من كلام سيبويه، والمفهوم من كلام ابن السكيت أن الفتح والكسر سواء. ومثله الفتاوى في جمع الفتوى، قال الميزيدي: فيبنالي هذا دعوى ودعاوى أي مطلب بكسر الواو وفتحها

---

(١) ج ١ ص ٠٨٩ طبع المطبعة العلمية سنة ١٣١٥ هـ طبعة أولى.

وفي الحديث عن ابن عباس [رضي الله عنهما] لو يعطى الناس بدعواهم وفي رواية - بدعاويهم لأدعى قوم دماء بعض وأموالهم ولكن البينة على من أدعى واليمين على من أنكر«١»·

نخلص من هذا إلى:

الدعوى لغة :-

الإدعاء· أي "القول · أو الطلب· وقد يتضمن الادعاء معنى الأخبار· ودليل الأول أنه يقال: دعوى فلان كذا، قوله· وفي التنزيل "فما كان دعواهم إذ جاءهم بأسنا الا أن قالوا انا كنا ظالمين«٢»· أي قولهم· ودليل الثاني قوله تعالى: "ولهم مايدعون"«٣» أي يتمنون ويطلبون· والثالث وهو تضمين الادعاء معنى الأخبار وعلى ذلك فتدخل الباء جوازا: كما يقال: فلان يدعي بكذا · أي يخبر وجمع الدعوى: دعاوى أو دعاوي وقد رجح الكسر عند البعض·

ثانيا: تعريف الدعوى شرعا:

تعددت تعريفات الدعوى عند فقهاء المسلمين·

---

(١) الرواية المذكورة للبيهقي كما ذكره النووي في شرحه لصحيح مسلم ج ١٢ ص ٣، ونص ما قاله:

"قال الترمذي: حديث حسن صحيح في رواية البيهقي وغيره باسناد حسن أو صحيح زيادة من ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر" وهذا الحديث روى برواية أخرى ونصها "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" وقد روى هذا الحديث البخاري ومسلم في صحيحيهما مرفوعا من رواية ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم - كما ذكره أصحاب السنن وغيره، انظر صحيح مسلم بشرح البخاري ج ١٢، ص ٢، ٣·

(٢) الأعراف آية ٥·

(٣) يس آية ٥٧·

فعرفها الأحناف بأنها:

"اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة"«١»٠

والتعريف المذكور لا يعتبر الاضافة حال المسالمة دعوى شرعا، وان كانت تعتبر دعوى لغة«٢» وقد اعترض على التعريف بأنه لا يتناول الا الدعوى بالأعيان والديون٠ أما الدعوى بايفاء الدين والابراء منه فقد خرج عن التعريف٠

وقد رد على هذا الاعتراض بأن ايفاء الدين والإبراء منه انما يكون من جانب المدعى عليه لدفع الدعوى، وعليه فالايفاء للدين والإبراء منه دفع للدعوى، وليس بدعوى٠ وأيضا إذا علمنا أن الدين يقضى بمثله فالايفاء دعوى دين والإبراء دعوى تمليك معنى٠ والتعريف على هذا يتناول إيفاء الدين والإبراء منه«٣»٠

وعرفت عندهم أيضا بأنها "قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق من غير المدعى أو دفعه عن حق نفسه«٤»٠

وهذا التعريف يتناول دعوى منع التعرض، وصورتها أن يدعى شخص على آخر أنه يتعرض له فى كذا بغير حق ويطالبه فى دفع التعرض٠ فمقصود هذه الدعوى الحكم على المدعى عليه بمنع تعرضه٠ وهى دعوى مقبولة أى تسمع٠

---

(١) الكنز هامش البحر الرائق ج ٧ ص ٩٠
(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٩٠
(٣) منحة الخالق هامش ج ٧ ص ٩ من البحر الرائق،
(٤) الدر المختار هامش رد المختار ج ٤ ص ٥٨٠

وثمة دعوى أخرى تسمى دعوى قطع النزاع وصورتها أن يدعى شخص أنه ان كان شئ له يدعيه والا يشهد على نفسه بالإبراء(١). وهذه الدعوى لا تسمع لأنه لا توجد خصومة فيها. وذلك بخلاف دعوى منع التعرض التى لا تنفك عن الخصومة التى هى سبب الدعاوى. فلأجل هذا يقال بقبول دعوى منع التعرض، لأنها تهدف الى الوصول الى الحق وصيانته، وعدم قبول دعوى قطع النزاع، لأنه لا خصومة فيها.

تعريف الدعوى عند المالكية:

عرف ابن عرفة المالكى الدعوى بقوله "قول هو، بحيث لو سلم أوجب لقائله حقا" وعرفت أيضا بأنها "خبر يكون للمخبر فيه نفع".

ومذهب المالكية توسع فى معنى الدعوى، لأنه اعتبر أن كل ما يطالب به المدعى المدعى عليه، دعوى، إذا كانت معتبرة ومتعلقا بها غرض صحيح ولم تكذبها العادة(٢).

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٤٥٨، البحر الرائق ج ٧ ص ١٩٤.

(٢) حاشية الشيخ العدوى هامش ج ٥ ص ١٥٣ من شرح سيدى أبى عبدالله محمد الخرشى على المختصر الجليل لسيدى خليل، وقد احترز بقوله "معتبرة" من نحو دعوى القمحة والشعيرة "وبغرض صحيح" من دعوى أخيرة على محرم، وبقوله "لم تكذبها العادة" من دعوى دار بيد حائز يتصرف فيها المدة الطويلة والمدعى حاضر وساكت، وقد نص المالكية صراحة عن دعوى الاتهام فى حاشية الشيخ على العدوى على شرح الامام ابن الحسن ج ٢ ص ٢٨٥ وقال بما نصه" دعوى الاتهام "كأن يتهم شخصا بسرقة ماله".

تعريف الشافعية:

عرف الشافعية الدعوى بأنها "أخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به"(١).

والأخبار بالحق يلزمه الطلب والمراد بالمخبر ماله فى الحق تعلق فيشمل الولى وناظر الوقف والوكيل.

تعريف الحنابلة:

وقد عرفها الحنابلة بأنها "اضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شئ فى يد غيره أو فى ذمته"(٢)، وقد قال ابن قدامة فى المغنى مضيفا للتعريف المذكور عبارة "والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شئ عليه"(٣)، والناظر فى تعريف الشافعية والحنابلة يجد أنهما لم يتعرضا لدعوى منع التعرض، وهى كما أشرنا اليها من قبل دفع الغير عن حق المدعى.

وإذا كان مقصود الحنابلة من كلمة "شئ" الواردة فى تعريفهم، الشئ الوجودى والشئ العدمى فان تعريفهم يكون شاملا لدعوى منع التعرض على هذا المقصد.

ولو أردنا الوقوف عند هذه الأقوال السابقة لتعريف الدعوى

---

(١) شرح منهج الطلاب مع حاشية البيجرمى عليه ج ٤ ص ١٠؛ تحفة المحتاج بشرح المنهاج- هامش حاشيتى الشروانى وابن قاسم العبادى عليها ج ١٠ ص ١٨٥.

(٢) كشاف القناع ج ٦ ص ٣٨٤ طبع مطبعة النصر الحديثة بالرياض.

(٣) المغنى لابن قدامة ج ١٢ ص ١٦٢.

تبين لنا أن الذين نظروا الى مجرد لفظ "دعوى" كالمالكية فانه أطلقوها على مجرد القول، وان كانوا قد اشترطوا فيه الصحة حتى يثبت الحق لصاحبه ومثلهم فى هذا أصحاب المذهب الحنلى.

اما الشافعية «١» والحنفية:

فانهم يرون أن الدعوى هى وسيلة لتحريك المحكم من أجل الحصول على حكم باقتضاء حق أو حمايته وعلى هذا فتعريفهم جاء معبرا عن هذه المعانى.

وأخيرا فإن هذه اصطلاحات لفظية لا نجد فيها تباعدا معنويا وان كان هناك اختلافا تباعدا فى الألفاظ، ولهذا نقول أن الدعوى عند الفقهاء هى عبارة عن أخبار المدعى امام القاضى بأن له حقا قد اغتصبه المدعى عليه وأنه يطلب معاونته على استرداد حقه وأنه فى حالات أخرى يطلب حماية القاضى من اغتصاب الحق منه.

---

(١) لا يمنع الشافعية أن يكون قصد المدعى بدعواه رفع المنازعة فلو ادعى الملكية لدار معينة تحت يده وأن المدعى عليه يمنعه منها سمعت دعواه من أجل رفع المنازعة. هذا الحكم نص عليه صاحب مغنى المحتاج ج ٤ ص ٦٥ فقد قال: "ولو قصد بالدعوى رفع المنازعة لا تحصيل الحق، فقال: هذه الدار لى وهو يمنعنيها سمعت دعواه وان لم يقل هى فى يدى لانه يمكن أن ينازعه وان لم تكن فى يده".

الدعوى في القضاء(١):

هى "قول يطلب به الانسان اثبات حق على الغير(٢)".

وهذا التعبير الذى ذكر فى القاموس الفقهى للدعوى لا يشمل بعض الدعاوى مثل دعوى منع التعرض فإن المدعى فيها لا يطلب إثبات حق على المدعى عليه إنما يقصد المدعى بها منع تعرض المدعى عليه له.

وعرفت الدعوى شرعا بأنها:

هى طلب أحد حقه من آخر قولا أو كتابة فى حضور القاضى حال المنازعة بلفظ يدل على الجزم باضافة الحق الى نفسه أو الى الشخص الذى ينوب عنه(٣). وهو يعتبر شامل للدعوى بالعين أو الدين وبالحق الوجودى والعدمى.

---

(١) والدعوى فى القوانين الوضعية يعتبرونها وسيلة لتحريك الجهاز القضائى وهذا فى قانون المرافعات وفى القانون المدنى وسائر القوانين الوضعية وسيلة لتقرير الحقوق وحمايتها واقتضائها. انظر أصول المرافعات "التنظيم القضائى" للدكتور أحمد سليم ص ٣٠٦.
وهذه المعانى المذكورة هى التى أشارت إليها كتب الفقهاء من قبل كما ذكرنا فى تعريفاتهم.

(٢) القاموس الفقهى لغة واصطلاحا ص ١٣١.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الاحكام ص ١٥١.

المطلب الثانى

طبيعة الدعوى

يقتضى كلامنا عن الدعوى أن نبين طبيعتها فهل هى حقا تابع لحق المدعى به كما كان عليه الأمر فى فقه القانون الرومانى الذى كان يربط الحق بالدعوى فلا يثبت حقا لا يكون له دعوى قانونية تحميه. وقد دعاهم ذلك إلى صياغة مبدأ عام فى العبارة التالية .

"حيث لا تكون هناك دعوى قانونية مقررة فانه لا يكون حق وانبنى على ذلك عندهم انحصار الحقوق فى عدد الدعاوى القانونية .

وربما أجيب بالإيجاب استنادا إلى دعوى المدعى بأى حق من حقوقه إنما هى جزء مما يخوله ذلك الحق من السلطات بالنسبة لمحل ذلك الحق، فالمالك مثلا من حقه أن يتصرف فى العين المملوكة له بكافة وجوه التصرف من انتفاع بشخصه أو انتفاع بما يقبل انتفاع غيره بتلك العين، أو إجراء تغيير جوهرى فيها ولو بالاهلاك أو بنقل ملكيتها إلى الغير أو بترتيب أى حق من الحقوق العينية الأخرى عليها ثم بحماية حقه عليها عندما يسلبه منه الغير غصبا .

تلك الحماية التى خولها الشرع.

لكن يعكر على هذا التصور أن المدعى عليه فى مثل هذه الصورة وهو من يصفه المدعى بكونه غاصبا له أن يدفع عن نفسه الدعوى دون أن يطلب شئا سوى منع المدعى من التعرض له فى حيازته للعين موضع النزاع وليس ذلك تابعا لأى حق من الحقوق حيث يكفيه أن يبطل دعوى المدعى دون محاولة اثبات ملكيته هو للعين موضوع النزاع.

وعلماء علم القضاء فى الفقه الإسلامى يعرفون الدفع بأنه "دعوى المدعى عليه فى مقابلة دعوى المدعى لابطالها"، ومعنى ذلك أن هناك نوعا من الدعاوى لا تتبع أى حق من الحقوق وقد يذهب ذاهب إلى أن الدعوى أمام القاضى هى حق قائم بذاته يثبت لكل شخص يحدث له عدوان على ما يعتقد أنه حق له، مضمونه أنه له أن يطلب من القاضى النظر فيه لحسم مادة النزاع بينه وبين خصمه، وهو وأن كان ثابتا للكافة - كمبدأ عام - إلا أنه فى أية منازعة خاصة لا يثبت إلا لصاحب المصلحة فيه، ولذى الصفة فيه، على سبيل الاستئثار.

ومن هنا يتأكد أنه من قبيل الحقوق وليس من قبيل الرخص.

وهذا القول إنما ينكر عليه أنه مهما كان من أمره عبارة عن مبدأ عام ينبع عن مبدأى العدالة والحرية. ولا مصلحة للمبادئ بالحقوق بالمعنى المصطلح عليه، ولقد كان تعبير الفقهاء فى تعريفهم للدعوى واضحا فى الدلالة على أنهم قد نأوا بأنفسهم عن مثل هذا الجدل غير المفيد وخرجوا بالدعوى عن نطاق الحقوق التابعة أو المستقلة حيث أن مضمون تعاريفهم مهما اختلفت ألفاظها - ان الدعوى عبارة عن أخبار المدعى أمام القاضى بأن له حقا قد اغتصب وأنه يطلب معاونته على استرداد حقه وأنه فى حالات أخرى يطلب حماية القاضى من اغتصاب الحق منه.

المطلب الثالث

مشروعية الدعوى

الثابت أن الدعاوى جائزة شرعا فقد روى البيهقي بسند صحيح:

"البينة على المدعي واليمين على من أنكر"((١))٠

وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" متفق عليه((١))، فهذه الأحاديث تدل على أن الدعاوى مشروعة ولا خلاف في هذا فقد أجمع أهل العلم على مشروعية الدعوى ولم ينكر أحد منهم ذلك٠

المبحث الثاني

أركان الدعوى

لا يوجد في كتب الفقهاء دراسة مستقلة عن أركان الدعوى وإنما يتعرضوا لهذه الأركان من خلال كلامهم عن الدعاوى وبينوا لنا أنه لا يمكن أن تتحقق الدعوى الا إذا توافرت مثل هذه الأركان الذى استخلصناها من كلامهم في أبواب الدعوى وسوف نسوق هنا قبل تحديد هذه الأركان جملة من أقوال الفقهاء الواردة في كتبهم عن الدعاوى. ولم نجد تعبيرا صريحا عن أركان الدعوى إلا في قول "الكاساني في البدائع" إذ أنه قسم الكلام فيها إلى عدة مواضع كان منها بيان ركن الدعوى وجاء في هذا البيان قوله: "واما ركن الدعوى فهو قول الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن"(١)، وفي خزانة المفتين "ولو كان المدعى عاجزا عن الدعوى عن ظهر قلب يكتب دعواه في صحيفته ويدعى منها فتسمع دعواه"(١).

وواضح أن الكاساني اعتبر أن الركن الوحيد للدعوى، هو الصيغة. وأساس اعتبار الصيغة هي الركن الوحيد هنا هو قولهم في بيان معنى الركن، فقد قالوا: "أن ركن الشئ هو ما كان جزء من ذلك الشئ سواء كان هذا الشئ عقد أم غير عقد وهذا القول الذى يؤخذ به في المذهب الحنفي لا يقره الجمهور من الفقهاء، فهم يرون أن الركن هو ما يتوقف عليه وجود ذلك الشئ، سواء أكان جزء منه أم كان صفة من صفاته. وبناء على هذا الاختلاف في تحديد معنى الركن يختلف القول في تحديد أركان الدعوى فهيَ عند الحنفية ركن واحد فقط وهو قول الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك. فإذا قال ذلك فقد تم الركن.

وعند جمهور الفقهاء تتعدد أركان الدعوى إلى أربعة أركان هي:-

المدعي، المدعى عليه، المدعى به، الصيغة. لأن وجودها يتوقف على تحقيق هذه الأمور المذكورة. والخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء خلاف نظري لأن الدعوى حتى ولو قيل بأن لها ركن واحد هو الصيغة لا تتحقق الا بتوافر العناصر الآتية:- المدعي وهو المطالب بالحق، المدعى عليه وهو المطلوب منه ذلك الحق وحق مدعى يطلبه المدعي من المدعى عليه، والصيغة وهي العبارة الصادرة من المدعي أمام القاضي متضمنة ذلك الطلب. وعلى هذا فإننا سوف نأخذ بتفصيل هذه الأركان في جملة من المطالب نبدأها بالمطلب الأول فنقول:-

المطلب الأول

المدعي

أول ركن من أركان الدعوى، المدعي، وقبل الكلام فيه ينبغي أن نشير إلى أن التمييز بينه وبين المدعى عليه له أهمية كبيرة، لأن علم القضاء يدور على معرفة كل منهما وقد نص الفقهاء على هذه الأهمية، ومن هذه الأقوال قول صاحب معين الحكام(١) وهو "أعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعي، لأنه أصل مشكل. ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منها وأن على المدعي البينة إذا أنكر المطلوب، وعلى المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة(٢)"، وقال بعضهم - أيضا - "معرفة الفرق بينهما من أهم ما يبنى عليه مسائل الدعوى" فإن النبي "صلى الله عليه وآله وسلم" قال: البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلابد من معرفتها"(٣).

تعريف المدعي

المدعي لغة: هو اسم فاعل من ادعى.

وشرعا: اختلف الفقهاء في تعريف المدعي شرعا، ولم يقتصر الخلاف على المذاهب المختلفة بل إن الخلاف شمل أصحاب المذهب الواحد. وقد أشار الى هذا الخلاف بين أصحاب المذهب الحنفي

---

(١) معين الحكام ص ٥٢.

(٢) شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي هامش ج ٧ ص ١٤٤ من شرح فتح القدير.

(٣) هو أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني صاحب روضة القضاة وطريق النجاة وقد جاء كلامه المذكور في ج ١ ص ١٦٥.

السمنانى فقال:«١» "واختلف أصحابنا فى المدعى من هو فقال الكرخى رحمه الله: هو الذى يقصد بدعواه حق على الغير فى يده أو فى ذمته. واعترض عليه بأن الذى فى يديه الشئ إذا ادعاه على الخارج إنه اشتراه منه فهو مدع ولا يقصد ماقال. ومن أصحابنا من قال: المدعى هو الذى يقصد أمرا خفيا ليزيل به أمرا جليا.

ومنهم من قال المدعى: هو الذى يدعى أمرا حادثا.

وقيل فى تعريفهم أيضا: المدعى هو الذى يقول ما يضر به الغير وينفع نفسه.

وقال محمد فى كتاب الدعوى: المدعى هو الطالب«٢».

تعريف المالكية :-

عرف ابن عرفه المالكى المدعى بقوله: المدعى من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة«٣».

تعريف الحنابلة :

قال فى متن المقنع "والمدعى من إذا ترك سكت"

وقال بعضهم "المدعى من يلتمس بقوله أخذ شئ من يد غيره

---

(١) هو الشخص الثالث كما هو فى مصطلح المرافعات المدنية.
(٢) انظر روضة القضاة ج ١ ص ١٦٥، معين الحكام ص ٥٢، شرح العناية على الهداية ج ٧ ص ١٤٤.
(٣) منح الجليل ج ٤ ص ١٦٧.

واثبات حق فى ذمته"(١).

وعند الشيعة الإمامية "المدعى هو الذى يخلى وسكوته ...
وقيل هو الذى يدعى خلاف الظاهر أو خلاف الأصل(٢).

وقد فصل صاحب القاموس الفقهى(٣) القول فى تعريف
المدعى فقال: المدعى فى عرف الشرع هو الذى يطلب بدعواه شيئا لم
يكن له ولا تثبت يده عليه. وهو عند الحنفية والحنابلة والجعفرية
من إذا ترك دعواه ترك لأن حق الطلب له فان تركه لا سبيل عليه.

---

(١) انظر الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة المقدس
المتوفى سنة ٦٨٢ هـ، وهو مطبوع بعجز كتاب المغنى لابن قدامة
المتوفى ٦٣٠ هـ ج ١٢ ص ١٦٢.
(٢) تحرير الأحكام ج ٢ ص ١٨٨.
(٣) القاموس الفقهى لغة واصطلاحا، طبع دار الفكر ص ١٣١
يوجد بمكتبة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت.

المطلب الثاني

المدعى عليه

تعريفه: وكما اختلف الفقهاء في تعريف المدعي اختلفوا في تعريف المدعى عليه فقال القدوري: المدعى عليه من يجبر على الخصومة. وقال بعضهم: المدعى عليه من وافق قوله الظاهر وقال بعضهم المدعى عليه من يقول ما ينفع به نفسه وان لم يضر به غيره.

وقال محمد في كتاب الدعوى: المدعى عليه هو المنكر(١).

وعرفه ابن عرفه المالكي بقوله: "من اقترنت دعواه بمرجع"(٢).

وعرفه صاحب كشاف القناع فقال هو من يطالبه غيره بحق يذكر بذكر استحقاقه عليه وإذا سكت عن الجواب لم يتركه(٣).

وعند الشيعة الإمامية المدعى عليه "هو الذي لا يخلى وسكوته،" وقد ذكر صاحب تحرير الأحكام فائدة الاختلاف بين تعريف المدعي والمدعى عليه فقال "وتظهر فائدة اختلاف هذين التعريفين(٤) في الزوجين إذا اسلما قبل الدخول وادعى الزوج أنهما أسلما معا قصدا منه الى دوام الزواج بينهما وادعت الزوجة أنهما أسلما على التعاقب فعلى التعريف الأول تكون الزوجة هي المدعية لأن الزوج في

---

(١) انظر: متن القدوري ص ١٠٢، شرح العناية على الهداية ج ٧ ص ١٤٤.
(٢) منح الجليل ج ٤ ص ١٦٧.
(٣) ج ٢ ص ٣٨٤.
(٤) تحرير الأحكام ج ٢ ص ١٨٨.

هذه الحال لا يخلى وسكوته فلا يكون هو المدعى ذلك لأنها إذا كانت هى البادئة بالاسلام انفسخ النكاح فى الحال فلا يخلى الزوج وسكوته بل لابد من اعتراف أو اقامة البينة عليه وعلى ذلك يكون هو المدعى عليه. وعلى التعريف الثانى يكون الزوج هو المدعى لأنه الذى يدعى خلاف الظاهر وهو اسلامهما معا فى وقت واحد لأنهم نادر وهو خلاف ظاهر، والظاهر الجلى هو التعاقب فكان مدعيه هو المدعى لأنه يدعى على خلاف الظاهر والآخر هو المدعى عليه، وبقية المذاهب لا تخرج عن الذى ذكرناه فى الفرق بين المدعى والمدعى عليه.

وجاء بيانه فى القاموس الفقهى«٢»:

على الوجه التالى:

المدعى عليه: فى عرف الشرع من معه الظاهر بثبوت يده على الشئ أو تصرفه فيه، أو غير ذلك. [الحسين الصنعانى].

وهو عند الحنفية والحنابلة والجعفرية: من إذا ترك الخصومة لا يترك حتى يسلم ما عليه.

وفى عرف القضاء: والمدعى عليه من عليه الحق.

---

(١) منح الجليل ج ٤ ص ١٦٧.
(٢) القاموس الفقهى لغة واصطلاحا ص ١٣١.

المطلب الثالث

شروط المدعي والمدعى عليه

لكي تكون الدعوى مسموعة لابد من توافر عدة شروط بعضها يرجع الى المدعي والمدعى عليه وبعضها يرجع الى المدعى به، وبعضها يرجع الى الدعوى نفسها؛

ونبدأ بالشروط الخاصة بالمدعي والمدعى به، وأما بقية الشروط فسوف نتكلم عنها بعد الكلام عن المدعى به.

الشروط الخاصة بالمدعي والمدعى عليه:-

أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه عند مباشرتهما الخصومة مكلفين أي بالغين عاقلين فالدعوى من المجنون ومن الصبي غير صحيحة ولا تقبل حتى لا تلزمهما البينة.

ومثل ذلك الدعوى عليهما، فانها لا تصح حتى لا يلزمهما جواب.

فإن سماع البينة من المدعي ولزوم الجواب من المدعى عليه مبنيان على الدعوى الصحيحة(١). وإذا قيل بأن الدعوى لا تسمع إلا على المكلف - فلا يعني هذا أنها لا تسمع مطلقا، بل ان الدعوى

---

(١) انظر في ذلك: بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٢٢٢، الدر المختار ج ٤ ص ٤٦٧، التكملة ج ١ ص ٢٨٧، مغني المحتاج ج ٤ ص ١١٠، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣١٩، ٣٢٥، تحرير الأحكام (شيعة) ج ٢ ص ١٨٨.

على الصغير والسفيه قد تسمع فيها البينة من المدعي ويكلف اثبات صحة دعواه«١»· وذلك ان كانت الدعوى مما يلزمها في أموالها مثل ما يكون منها على العداء كاستهلاك الشئ أو غصبه أو اختلاسه أو نهبه وكالجرح والقتل وما أشبهه، عمدا أو خطأ، فانه لا يمنع البينة من المدعي ويكلف اثبات صحة دعواه· ويقضي بذلك في أموالهما ان كان لها مال· أو يتبعان بذلك في أموالهما«٢»·

والمالكية يجيزون للمحجور طلب حقوقه كلها عند القاضي أو غيره، ولا يمنع من ذلك· في حضور وصية أو غيبته·

واختلفوا في صحة التوكيل من المحجور لغيره، فقال ابن بكير: له أن يوكل على ذلك، ليعلم ما يتوجه اليه· ووافق ابن بكير على هذا الجواز ابن بقي أو غيره· وحكى في المتيطية في الوصايا في فصل تقديم الوصي، القول بعدم جواز التوكيل من المحجور عليه على طلب حقوقه· لكن العمل مضى على صحة التوكيل«٣»·

الدعوى من الصبي المميز:-

لا تصح الدعوى من الصبي المميز الا إذا كان مؤذنا له بالتجارة أو المخاصمة· فإذا كان مؤذونا له، فالدعوى منه أو عليه صحيحة، كما أن يمينه ونكوله عن اليمين، صحيحان أيضا· وإن لم يكن

---

(١) إذا كانت الدعوى مما يلزمه في ماله فقط، هذه الحالة لا يكلف المحجور عليه اقرارا ولا إنكارا، أما إذا كانت الدعوى توجب القصاص أو الجراح أو دعوى طلاق، فهذه الدعوى تسمع في المحجور ويكلف الاقرار والانكار·

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٣٣، ومعين الحكام ص ٣٩٢، معين المحتاج ج ٤ ص ١١٠·

(٣) انظر في مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدي خليل ج ٦ ص ١٢٦ مطبعة السعادة سنة ١٩٢٩ م·

الصبى مأذونا له فلا تقبل الدعوى منه. وكذلك لا تقبل ولا تصح الدعوى إذا أجيزت من الولى بعد وقوعها من الصبى، لأن الدعوى من الصبى المميز ليست من المواضع التى تصح فيها اجازتها ممن يملك الاجازة بعد وقوعها.

ولهذا فالقضاء المترتب عليها قبل الاجازة وبعدها باطل، لأنه فاقد لشرطه وهو أن يصدر قاطعا للنزاع بين الطرفين(١).

دعوى السكران:-

ليس السكران المتعدى بسكره كالصبى والمجنون فى عدم صحة الدعوى منها على التفصيل السابق والذى رأيناه فى أقوال الفقهاء، ذلك أن السكران بسبب تعديه يعتبر كامل الأهلية حكما عقوبة له وزجرا لغيره، فيلزم بما أجراه أثناء سكره من تصرفات. وهذا القول، خالفه البعض وقالوا أن العبرة بزوال العقل مطلقا، فمتى زال عقل الإنسان بسبب سكره زالت أهليته حتى يصحو، لا فرق فى ذلك بين سكر محرم وسكر غير محرم لأن خطابات الشرع إنما تتوجه لمن كان عاقلا، ولا يصح أن يقال باعتباره عاقلا على سبيل العقوبة، لأن هذا يكون فيه زيادة على ما قرره الشرع عقوبة على السكر وهو الحد(٢).

فعلى القول الأول تكون دعوى السكران صحيحة(٣)، ولا

---

(١) درر الحكام ج ٤ ص ١٥٧ موسوعة الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١٦٥. ورأى الاحناف فى الصغير فقط أما السفيه عندهم فانهم لا يقولون بالحجر عليه وهو رأى أبو حنيفة رضى الله عنه ويخالفه الصاحبان إذ يرون جواز الحجر على السفيه، معين الحكام ص ٣١٤.

(٢) انظر الفقه الاسلامى مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه للدكتور محمد الحسينى حنفى ص ٢٩٥، ٢٩٦.

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٦٦ وقال صاحب المغنى: السكران وان كان ليس بمكلف الا أنه مستثنى فى الدعوى كما استثنوه فى الطلاق.

كذلك على القول الثانى وهنا ينبغى أن نقول: أن هذه المسألة نفرق فيها بين كون السكران المتعدى بسكره مدعيا أو مدعى عليه.

فاذا كان السكران المتعدى بسكره مدعيا، المدعى هو من إذا سكت لا يجبر على القول، فلا يتأتى القول بصحة الدعوى أو عدم صحته لأنه لو أقام دعواه فى حالة سكره ثم سكت عنها بعد ذلك فلا يجبر على المضى فيها - طبقا للتعريف المشار اليه والمنصوص عليه عند العلماء.

وإذا كان السكران هو المتعدى بسكره مدعى عليه ففى هذه الحالة نرى أن الخلاف بين العلماء له قيمته، وينبنى الخلاف هنا على خلافهم فى زوال الأهلية بالسكر بمحرم أو عدم زوالها، إذ أن الجمهور على زوال أهليته اعمالا لرغبته فى زوال عقله وهذه الرغبة تقتضى معاقبته، ولكى لا يقدم غيره على فعله. وغير الجمهور قال: أن العبرة بزوال العقل، لزوال الأهلية، فمتى زال العقل زالت الأهلية ولا فرق بين السكر بمحرم أم السكر بحلال وعلى ذلك فلا يصح أن نعاقبه لأن خطاب الشرع غير متوجه اليه.

وبناء على هذا الاختلاف قيل: بأن الدعوى على السكران المتعدى بسكره صحيحة أخذا بالرأى الأول، أو غير صحيحة أخذا بالرأى الثانى.

الشرط الثانى:-

أن تكون الدعوى قائمة على خصومة حقيقية -أى أن المدعى والمدعى عليه بينهما خصومة فعلية فاذا لم تكن بينهما خصومة فى الواقع ولكنهما تظاهرا بوجود الخصومة لكى يصلا الى حكم يحقق لهما

غرضا خاصا فان الدعوى فى هذه الحالة لا تسمع لما فيها من الاحتيال والتصنع وهذا الشرط محل اتفاق بين المذاهب الإسلامية(١).

الشرط الثالث:-

أن يكون المدعى عليه معلوما شخصه، لأن فائدة الدعوى الالتزام فيها اذا ثبتت الدعوى بأحد أسباب الحكم، والحال اذا كان المدعى عليه مجهولا فلا يتحقق الاشهاد والالزام ولا يوجد أحد يؤمر بأن يؤدى حق المدعى(٢).

فبناء على ذلك فالدعوى التى لا يتعين فيها المدعى عليه دعوى غير صحيحة مثال ذلك: دعوى المدعى على أحد من أهل قرية معينة هو القاتل أو دعواه حقا على أحد شخصين دون أن يعين واحد منهما مثاله: لو ادعى ولي القتل على خمس أشخاص قائلا أن اثنين من هؤلاء قد أطلقا بندقية وأصابت احدى الرصاصات مواشي وقد قتل من نتيجة ذلك الا أننى أجهل من منهما أطلق الرصاص وأجهل رصاصة من التى قتلته فلا تسمع دعواه.

وينبنى على وجوب معلومية المدعى عليه أن المدعى فى دعوى القتل يعين المدعى عليه واحد كان أو أكثر من واحد، وإذا كان الجانى أكثر من واحد بين عددهم ان كان القتل يوجب الدية. ويرى بعض العلماء أن الدعوى تكون صحيحة إذا كان المدعى جاهلا عدد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٢٢؛ حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٥٤٣؛ نتائج الأفكار المكملة ج ٧ ص ١٤٣؛ مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٢؛ شرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ٦٨؛ منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٨٨. تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٩٨.

(٢) درر الحكام ج ٤ ص ١٥٨.

الجناة تفصيلا لكنه يعلم أنهم أقل من عشرة ولكن الصحيح فى المذهب عند هؤلاء الذين ذكر عندهم صحة هذه الدعوى وعدم صحتها لكونها مبهمة (١).

وفى دعوى الدين يجب أن يعين المدعى عليه ولا تقبل الدعوى الا بذلك لأن الدعاوى فى المعاملات تنشئ باختيار المتعاقدين وشأنها أن كل واحد منهما يعلم صاحبه وعلى ذلك فكل واحد منهما يعلم ماله قبل الآخر وما عليه، ولا يقبل منه عدم المعرفة بالمدعى عليه وهذا الحكم لا ينسحب على الدعوى التى يستقل فيها المدعى عليه بمعرفة السبب فاذا كان المدعى عليه يستقل بمعرفة السبب فتقبل الدعوى وهذا لا يكون فى المعاملات لأنها تنشأ باختيار المتعاقدين وشأنها أن يضبط كل واحد منهما صاحبه (٢).

الشرط الرابع:-

أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه ذا صفة فى الخصومة بمعنى أنه يجب أن يكون المدعى اما أصيلا أو نائبا عن الأصيل كالولى والوكيل والوصى وكذا المدعى عليه يجب أن يكون أصيلا أو نائبا عنه بالولاية أو بالوكالة أو بالوصاية ولعدم تحقق هذا الشرط فى دعوى الفضولى أو الدعوى عليه قال العلماء انها دعوى غير صحيحة والحجة على بطلانها أن القضاء الصادر فيها قضاء غير ملزم لأحد وشأن القضاء أن يصدر ملزما (٣) ولم يخالفه أحد من أرباب المذاهب وقد تعلق

---

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٠٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) درر الحكام ج ٤ ص ١٥٨، ١٥٩، الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٧ ص ١٧٤، شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ وهو مطبوع بهامش نتائج الأفكار ج ٧ ص ١٤٤.

الشرط بعض المسائل التى من بينها ما يأتى:-

١ - القول بصحة الوكالة فى الدعوى:

قد خالفه الامام أبو حنيفة [رضى الله عنه]، وذهب الى وجوب قيام المدعى بدعواه الا إذا كان هناك مانع يمنعه من ذلك كالمرض والسفر أو رضى المدعى عليه. ومثل المدعى فى ذلك المدعى عليه ولكن الذى عليه الفتوى فى مذهب الأحناف هو القول الأول الذى يرى صحة الوكالة فى الدعوى(١).

ومذهب الزيدية يقوم على شرط اضافة المدعى الحق الى نفسه حتى تسمع الدعوى فإن لم يضفه الى نفسه. فلا تسمع الدعوى، إلا إذا كان المدعى وكيلا أو وارثا. فإن ادعى بصفته وكيلا أو وارثا فيجب أن ينص على وفاة مورثه ووراثته له، وأن المورث قبل وفاته وحتى الوفاة كان مالكا للمدعى به. وعلى هذا فتكون مطالبة المدعى للمدعى عليه بالحق المدعى به باعتباره من تركة مورثه(٢).

٢ - دعوى الحسبة:-

هذه الدعوى تتعلق بالحقوق الخاصة بالله سبحانه وتعالى - وهى حقوق يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها لذلك يجب على من رأى من المسلمين منكرا يتعلق بانتهاك حق من هذه الحقوق، أن يرفعه الى القضاء ليمنع هذا المنكر. هذا من حيث الجملة لكن تمييز حق الله عن حق العبد اختلف فيه الفقهاء، وقد وضع

---

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٢٢.
(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٢٣.

الجمهور لذلك ضابطا مفاده أن الحقوق التى تعود منفعتها على العامة كلهم هى حقوق الله عز وجل. وقالوا: أن هذه الحقوق يجب على كل مسلم المحافظة عليها، والدفاع عنها. فمن رأى رجلا يعيش مع مطلقته التى طلقها ثلاثا معيشة الأزواج، وجب عليه رفع أمرها الى القاضى، وهو فى هذا مدع وشاهد. ولوجوبها على الناس كان كل مسلم أصيلا فيها(١).

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم من كتاب القضاء.

المطلب الرابع

في
الركن الثالث: المدعى به«١» وشروطه

تقدم أن من أركان الدعوى المدعى به وهنا نذكر أن المدعى به يجب أن تتوفر فيه عدة شروط حتى تكون الدعوى صحيحة ولما كانت الدعوى تختلف باختلاف المدعى به لأنها قد تكون دعوى عين في يد أو دعوى مال في ذمة أو دعوى حقوق شرعية كنكاح وقصاص وحد وقذف ورد بعيب وحق شفعة وغير ذلك والعين تنقسم الى حاضرة في المجلس وغائبة عنه.

والغائبة عنه تنقسم الى منقولة وغير منقولة«٢». فاننا سنذكر ان شاء الله تعالى كل هذه الدعاوى وذلك كله يأتي مع ذكر الشروط المتعلقة بهذا الركن.

شروط المدعى به:-

الشرط الأول: أن يكون المدعى به معلوما«٣» فلا تصح الدعوى إذا كان مجهولا لأن المدعى به إذا كان مجهولا فانه لا يمكن

---

(١) قال الدر المختار: ولا يقال مدعى فيه وبه الا أن يتضمن الاخبار وجاء في رد المحتار على الدر المختار وفي طلبة الطلبة: "ولا يقال مدعى فيه وبه وان كان يتكلم به المتفقهة الا أنه خطأ مشهور فهو خير من صواب مهجور، حموي." انظر ج ٥ ص ٤٢٣، ص ٥٤٤ من حاشية رد المحتار على الدر المختار،

(٢) انظر كتاب أدب القاضي، للقاضي شهاب الدين المعروف بالحموي ص ١٩٠.

(٣) وهذا الشرط محل اتفاق بين جميع المذاهب الإسلامية وله في تفصيله كلام كثير سنذكره في محله ان شاء الله. درر الحكام ج ٤ ص ١٦٠.

الاشارة اليه والحكم به ولا يوجد شئ يمكن القول عنه أنه للمدعى.
وعلى هذا فتكون الدعوى بغير المعلوم دعوى غير صحيحة، لا يجبر الخصم فيها على الجواب، ولا تقام البينة على المدعى عليه إذا كان منكرا، ولا يحلف المدعى عليه. والعلم بالمدعى به يختلف باختلافه، لأنه قد يكون عقارا، أو منقولا، أو دعوى ما فى الذمة، أو دما، أو نكاحا، أو رد بعيب، أو قذف، وغير ذلك من الأمور التى تتناولها الدعاوى. وهذه الدعاوى المختلفة باختلاف المدعى به لها أحكام خاصة بها، كما أن تحقق هذا الشرط الذى نحن بصدد الكلام عنه يتطلب أمورا تختلف باختلاف الدعوى حتى يكون العلم بالمدعى به متحققا، لهذا نبدأ الكلام عن المدعى به ونبين معه ما يتطلبه شرط العلم به فى الدعوى.

أولا: المدعى به عقارا(١):-

فيجب فى دعوى العقار أن يحدده. ويستلزم التحديد ذكر التفصيلات الآتية:-

بيان حده:

وفى بيان هذا الحد. قال الحنفية: "لا يكتفى فيه بذكر حد واحد، وكذا بذكر حدين عند أبى حنيفة ومحمد، خلافا لأبى يوسف، وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود، قال علماؤهم الثلاثة [رضى الله

---

(١) كأن كان عرصة أو أرضا أو كان فى حكم العقار كسكنى الدار أو علو عقار. انظر درر الحكام ج ٤ ص ١٧١.

عنه]: لا، .... وكذا لا بد من بيان موضع المحدد، وبلده ليصير معلوما«(١)»".

ومن هذا الكلام الذى نص عليه صاحب البدائع، أو نص عليه غيره من فقهاء الحنفية«(٢)»، يتبين أن دعوى العقار يجب لكى تكون دعوى صحيحة أن يذكر فيها ما يأتي:-

١ - بلدة العقار المدعى به.

٢ - قريته أو محلته.

٣ - زقاقه وحدوده، وفى ذكر الحدود اتفق أصحاب المذهب الحنفى على أنه لا يكفى ذكر حد واحد. وذكر الحدين لا يكفى عند أبى حنيفة ومحمد. ويكفى عند أبى يوسف. وذكر الثلاثة حدود يكفى عند الأئمة الثلاثة أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف. وقال زفر: لا تكفى.

ذكر أسماء أصحاب الحدود: وان كان لهذه الحدود أصحاب فيذكر أسماء أصحاب الحدود وأسماء آبائهم وأجدادهم عند أبى حنيفة لأنه بالجد يتم التعريف ويكفى عند الصاحبين ذكر الاسم والأب فقط.

الرجل المشهور:-

وهل يكفى ذكر أسم الرجل المشهور فقط دون ذكر الأب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٢٢.
(٢) انظر الدر المختار، حاشية رد المحتار عليه ج ٥ ص ٥٤٩.

والجد لحصول التعريف«١» بالاسم بلا ذكر النسب.

يرى الإمام أبو حنيفة أنه لابد من ذكر الأب والجد ويرى أبويوسف ومحمد أنه لا يشترط لأن الشهرة مغنية عنه وحجة الامام أبى حنيفة أن قدر الدار لا يصير معلوما الا بالتحديد«٢».

ذكر أن العقار فى يده:

يذكر المدعى أن المدعى به فى يد المدعى عليه بغير حق لأن الدعوى لابد أن تكون على خصم والمدعى عليه انما ينتصب خصما إذا كان المدعى به فى يده وطريق المدعى الى اثبات هذه الحقيقة هو الشهود أو علم القاضى.

أصحاب المذاهب الأخرى ودعوى العقار:- وأصحاب المذاهب الأخرى لا يخالفون الحنفية فى الشرط الأول من شروط المدعى به وهو أن يكون معلوما كما أنهم يتفقون معهم فى كل ما ذكروه من أمور يتحدد بها العقار«٣». لكن هناك بعض الأمور الخارجة عن حقيقة التحديد كوجوب النص فى الدعوى على أن العقار بيد المدعى عليه بغير حق، فان الشافعية والحنابلة خالفوا الحنفية فى بعض الدعاوى عند الشافعية، وعلى الاطلاق عند الحنابلة«٤». فالشافعية يرون: أنه لا يجب ذكر عبارة أن المدعى به بيد المدعى عليه إذا كانت دعوى المدعى لرفع المنازعة.

---

(١) انظر معين الحكام ص ٥٦، درر الحكام ج ٤ ص ١٧١.
(٢) انظر فتح القدير ج ٧ ص ١٥٢، ص ١٥٣.
(٣) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٣٠، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٨، الفروق للقرافى ج ٤ ص ١١٦.
(٤) انظر فى مذهبيهما - مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٨.

صورة دعوى رفع المنازعة :-

أن يقول المدعى هذه الدار لى وأن المدعى عليه يمنعنى منها، وحكم هذه الدعوى فى نظر الشافعية أنها مقبولة وهى دعوى صحيحة وأما فى غير دعوى رفع المنازعة من دعاوى أخرى فيرى الشافعية أن المدعى يلزمه أن يقول أن المدعى به بيد المدعى عليه وهذا القول يتفق مع راى المالكية والحنفية الذى لم يقيد بقيد. وأما الحنابلة فلم يلزموا المدعى بذكر هذه العبارة وهى كون المدعى به بيد المدعى عليه. وعلى هذا فالحنابلة يخالفون الجمهور بهذا القول فى جميع دعاوى العقار، والشافعية يخالفونهم فى دعوى منع التعرض.

دعوى قطع النزاع«١»:

صورة هذه الدعوى أن يدعى انسان على غيره بأنه - أى الغير - يزعم أن له حقا على المدعى ويطلب المدعى من القاضى الحكم على المدعى عليه بأن يدعى بهذا الحق ان كان له على حسب زعمه. وحكم هذه الدعوى - كما صورها الحنفية - أنها غير صحيحة ولا تسمع، لأنها تقوم على مطالبة الغير بالادعاء بحقه الذى يزعمه. وهذا أمر غير مسلم، لأن الانسان لا يجبر على المطالبة بحقه. كما أن القضاء إنما يقوم على الخصومة ولا توجد خصومة فى هذه الدعوى.

الفرق بين دعوى رفع المنازعة ودعوى قطع النزاع:-

والفرق بين الدعويين واضح. فدعوى رفع المنازعة تهدف الى

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه هامش حاشية رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ٤٦٦ والتكملة ج ١ ص ٢٨٣.

منع المدعى عليه من التعرض للمدعى فى ماله. أما دعوى قطع النزاع فليست من هذا القبيل وانما تهدف الى مطالبة المدعى عليه بأن يدعى على المدعى بما يزعمه من حق عليه. ففى الدعوى الأولى خصومة استوجبت العرض على القضاء للفصل فيها. وأما الثانية فلا خصومة فيها ولهذا قيل بعدم صحتها ولقد تقدم أن هناك دعوى أخرى تسمى دعوى منع التعرض وحكمها أنها مقبولة وتسمع وهى لا تختلف عن دعوى رفع المنازعة التى قال الشافعية بقبولها، وتقابل دعوى منع التعرض دعوى أخرى تسمى دعوى رفع التعرض. وقد ذكر صاحب حاشية الدرر شرح الغرر عن العلامة والبزازية أنها صحيحة ومقبولة وصورة هذه الدعوى أن المدعى عليه يطلب حكم القاضى بمنع المدعى عن التعرض له ما دام لم يكن هناك برهان للمدعى على دعواه«١».

ثانيا المدعى به منقولا«٢»:-

إذا كان المدعى به عينا منقولا فاما أن تكون هذه العين المدعى بها قائمة واما أن تكون هالكة. فإذا كانت العين المدعى بها قائمة فاما أن تكون حاضرة بالمجلس واما أن تكون غائبة. والعين المدعى بها الغائبة قد يكون احضارها لمجلس الحكم ممكنا وقد يكون غير ممكن وفى جميع هذه الصور قد ينكر المدعى عليه الدعوى وقد يقر بها ونبدأ بالقسم الأول: المدعى به عينا منقولا قائمة.

وتحت هذا القسم حالتان:-

---

(١) حاشية الدرر شرح الغرر ج ٢ ص ٣٢٩.

(٢) انظر فى أحكام دعوى المنقول فتح القدير ج ٧ ص ١٧٨، البدائع ج ٦ ص ٢٢٢، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٣١، شرح العمدة ص ٦٢٤، ٦٢٥ (فقه حنبلى تأليف بهاء الدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسى، والعدة الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب ابن حنبل ج ١١ ص ٢٧٦، ٢٧٧، طبع دار احياء التراث العربى، المهذب ج ٢ ص ٣٩٦ (فقه شافعى).

الحالة الأولى:-

المدعى به عينا منقولا قائمة وهى حاضرة بمجلس المحاكمة، وهذه الدعوى يتحقق العلم فيها بالمدعى به إذا أشير اليه من المدعى وتكون الإشارة اليه بيده ويقول: ان هذه العين قد وضع يده عليها المدعى عليه بغير حق فأطلب أخذها منه والشهادة على هذه الحالة كالدعوى عليه، يعنى لا تتحقق الشهادة إلا بالاشارة الى العين المدعى بها وكذلك اليمين من المدعى عليه تكون مع الاشارة الى المدعى به وانما لزم الاشارة هنا لأنها أبلغ طرق التعريف بالمدعى به.

الحالة الثانية :-

المدعى به عينا منقولا غائب عن مجلس الحكم.

وتحت هذه الحالة صورتان:-

الصورة الأولى:-

المدعى به عينا منقولة غائبا ويمكن احضارها لمجلس الحكم.

ففى هذه الصورة يحضر المدعى عليه المدعى به الى مجلس الحكم ليشير اليه المدعى بيده حين الدعوى والشهود حين الشهادة أو المدعى عليه أثناء اليمين.

الصورة الثانية :-

المدعى به عينا منقولة غائبا، ولا يمكن احضارها، ومكان المدعى به غير معلوم.

ففى هذه الصورة يعرف المدعى، المدعى به، ويبين قيمته. وتشترك الدعوى بالعين المنصوبة والتى نقلت من بلد إلى آخر، مع الدعوى بالعين المنقولة غائبا، فى ذكر قيمة المدعى به عند الدعوى. أما ان كان المدعى به عينا منقولة غائبة ولا يمكن احضارها، أو يمكن احضارها بكلفة، لكن مكانها معلوم.

ففى هذه الدعوى يرى بعض العلماء، أن المدعى عليه لا يجبر على احضار العين الى مجلس القضاء، ويعرفها المدعى وبوصفها ويبين قيمتها إذا كانت من القيميات. ويرى البعض الآخر ان الحاكم يذهب الى المحل الموجود فيه المنقول أو يرسل نائبه [إذا كان مأذونا له بتنصيب نائب] لأجل الاشارة اليه فى الدعوى والشهادة ولا يكتفى بذكر القيمة .

وهذا كله فى حالة ما إذا كان المدعى عليه منكرا فان كان مقرا بالمدعى به، فان القاضى يأمره بتسليمه الى المدعى ولا يكلف احضار المدعى به.

القسم الثاني:

المدعى به، عينا منقولا هالكة، وفى هذه الدعوى تفرق بين المنقولات المتقومة وبين المنقولات المثلية .

أولا: دعوى منقول متقوم والمدعى به هالك:

وفى هذه الدعوى يتحقق العلم بالمدعى به إذا بين المدعى وصف المدعى به وجنسه وقيمته ومقداره. فإذا لم يبين المدعى كل هذه الأمور فإن الدعوى لا تسمع وتكون غير صحيحة، وكل دعوى

تتعلق بالمنقول يكون المدعى به فيها غير معلوم مكانه، ووجوده، وعدمه، فان المدعى يجب عليه أن يبين قيمة المدعى به.

ثانيا: دعوى منقول مثلى والمدعى به هالك:

وهذه الدعوى تكون مقبولة، وتسمع أمام القضاء، إذا ذكر المدعى صفة من الصفات التى تميز المدعى به الهالك. ولا يجب فى هذه الدعوى ذكر القيمة عند الدعوى، كما هو الحال عند الدعوى بالمنقول المتقوم الهالك.

دعوى أعيان مختلفة :-

ومما يتصل بدعوى العين دعوى أعيان مختلفة الجنس والنوع والوصف كأن كانت خمس خيول وشاتان وثلاثة أشجار فمتى يكون شرط العلم بالمدعى به متحققا فى هذه الدعوى؟ ويجاب بأن هذه الدعوى إنما يتحقق العلم بالمدعى به فيها إذا ذكر المدعى مجموع قيمتها فى الدعوى والشهادة وهذا على القول الصحيح فى مذهب الحنفية وما عليه الفتوى وعلى هذا فإذا ذكر المدعى أن قيمة الأشياء المذكورة فى الدعوى تساوى ثلاثة آلاف جنيه كفى ذلك لصحة الدعوى وتقبل بينته، أو يحلف خصمه. وهذا إذا كانت هالكة، فإن كانت بيد المدعى عليه أحضرها، وتقبل البينة بحضرتها. ودليل من قال بصحة الدعوى فى هذه الحالة: القياس على دعوى الغصب، لأن دعوى الغصب قالوا بصحتها بلا بيان للمدعى به فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة، من باب أولى(١).

---

(١) الدر المختار هامش ج ٥ ص ٥٤٥ من حاشية رد المحتار عليه.

ثالثا: دعوى الدين(١):

قد تكون بدين مثلى أو بدين غير مثلى.

أولا: دعوى دين ثابت فى الذمة وهو مثلى. إذا كان المدعى به دينا- بأن ادعى شخص على آخر ما هو ثابت فى الذمة وهو مثلى لأحد النقدين، أو ادعى دراهم أو دنانير أو ادعى حنطة وغير ذلك، فإن المدعى يجب عليه أن يبين جنس المدعى به وقدره ونوعه وصفته. وهذا الحكم لم يختلف عليه أحد من الفقهاء.

وزاد المالكية والشافعية(٢) فى الدعوى بأحد النقدين، الوصف له بالصحة والتكسر إذا كانت قيمة النقد تختلف بهما. فإن كانت القيمة للنقدين لا تختلف بالصحة والتكسر فلا يحتاج الى بيانهما. فمن ادعى على آخر مائة درهم فضة، فيجب أن يقول: فضة صحاح أو مكسرة. إذا كانت القيمة للفضة الصحاح أعلى من قيمتها وهى مكسرة، أو العكس. وليس هذا البيان مطلوب عند عدم الاختلاف فى القيمة بين الصحاح والمكسرة.

كذلك نص الشافعية على وجوب أن يذكر المدعى، فى دعواه بمال فى الذمة مثلى، أن المدعى عليه يلزمه الأداء اليه حالا، أى يشترط أن تكون الدعوى بدين حال وليس بدين مؤجل. فالدعوى بالدين المؤجل لا تسمع عند البعض منهم. إذ لا مطالبة الآن. ويرى البعض

---

(١) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه ج ٥ ص ٥٤٧، فتح القدير ص ١٤٨، درر الحكام ج ٤ ص ١٧٦، ١٧٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٣١، والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٩٦، الانصاف ج ١١ ص ٢٩٦، كشاف القناع ج ٦، ص ٣٣٨.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٣١، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥.

الآخر جوازا اثباته قبل حلوله طلبا للتسجيل وحفظا للحق عن الضياع لا سيما عند طول الآجال(1)٠

دعوى مال فى الذمة لغير المثلى:

إذا كان المال المدعى به فى الذمة غير مثلى كالثياب والحيوانات وما يصح السلم فيها، وكان ثبوتها بعقد سلم، فيلزم ذكر عقد السلم فى الدعوى، وذكر صفاتها المعتبرة فى صحة السلم، فإن لم يذكر أنها عن عقد سلم لم تصح الدعوى، لأنها قد تكون بمال مغصوب يجب على غاصبه رد عينه٠

ويلزم مع ذكر الصفة ذكر القيمة٠

وإذا كان المدعى به مالا فى الذمة غير مثلى وغير ثابتة بعقد السلم، كالابل المستحقة فى الدية فلا يشترط ذكر صفتها فى الدعوى، لأن أوصافها مستحقة بالشرع٠

واشترط لصحة هذه الدعوى ثلاثة شروط:

١ - أن يذكر أنها عن جناية عمدا أو خطأ٠

٢ - أن الجناية على حر٠

٣ - أن الجناية على نفس أو طرف أو جراح [دية] مقدرة

---

(1) كتاب أدب القاضى للحموى ص ١٩٥ ومابعدها٠

بالشرع، كالموضحة، والجائفة. وأما الجناية التي لا أرش لها مقدر بالشرع، فيقتصر في الدعوى بها على صفة الجناية من غير تقدير أرش لها، لأن تقديره الى الحاكم(١).

دعوى الدين وذكر سبب الوجوب:

يعني هذا العنوان أنه إذا أقام المدعي دعواه بدين مثلي كان أو غير مثلي، هل يلزم ذكر سبب الوجوب مع ذكر القدر، والجنس، والصفة، أم لا يلزم ذكر سبب الوجوب؟

يرى السادة الحنفية، والمالكية، وفي قول عند الشافعية، وما ذهب إليه أبو الخطاب من الحنابلة: أنه يجب ذكر سبب الوجوب مع ذكر القدر والجنس والصفة، في الدعوى بدين في الذمة، فإذا لم يذكر سبب الوجوب، فإن الدعوى لا تسمع(٢).

ويذهب الشافعية، والحنابلة غير أبي الخطاب: أن المدعي لا يلزم بذكر السبب، بل هو بالخيار في أن يذكر سبب الاستحقاق أو لا يذكره فإن لم يذكر سبب الوجوب فالدعوى صحيحة وتسمع ولو اردنا أن نرجح أحد هذين القولين لاخترنا القول الثاني، لأنه - كما يقول ابن قدامة: الأسباب تكثر ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه أن يقول: استحق هذه العين التي في يده، أو استحق كذا وكذا في ذمته. ويقول في البيع اني اشتريت

---

(١) أدب القاضي للحموي ص ١٩٧، ١٩٨.

(٢) الدر المختار مع حاشية رد المحتار عليه ج ٥ ص ٥٤٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٣١. أدب القاضي للعلي ص ١٩٤، المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ١٦٧.

منه هذه الجارية بألف درهم أو بعتها منه بذلك. ولا يحتاج أن يقول وهي ملكي أو وهو ملكي ونحن جائز الأمر وتفرقنا عن تراضي(١).

وهذا الذى نص عليه الحنابلة لا يخرج عن نصوص المذهب المالكي(٢). فهم - أي المالكية - مع أنهم يقولون بوجوب ذكر الدعوى - يرون أن المدعى لو قال: لى عليه مائة من سلف أو من بيع أو من نكاح وما أشبه ذلك، صحت الدعوى. فمعنى ذلك أنه لا يلزم أن يقول أن الشراء صحيح وأن النكاح صحيح ولحمل كل من ذلك على الصحيح حتى يتبين خلافه.

وعلى ذلك فيكون الرأى الأول وهو المنصوص عليه عند الحنفية أكثر تشددا أو لا يتفق مع التيسير للناس فى معاملاتهم لأن هذا القول يعنى أن يكون كل مدع فقيه عالم بشروط البيع والشراء وهذا ليس باليسير.

ويقوى اختيارنا أن الحنفية منهم من ذهب الى القول بعدم لزوم ذكر السبب(٣) عند الدعوى - كما هو عند الرأى الثانى - وهذا القول حكاه صاحب الفتاوى الهندية عن شمس الاسلام محمد الأوزيجى الذى خالف مذهبه، وقال يكتفى فى جميع الحالات أن يوصف السبب بالصحة.

رابعا: دعوى الدماء :-

أن شرط العلم بالمدعى به يجب أن يتوافر أيضا فى دعوى

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ١٢ ص ١٦٧.
(٢) الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٧ ص ١٥٤.
(٣) التكملة ج ١ ص ٣٠٤.

الدماء، لذلك يجب على المدعى أن يفصل ما يدعيه، من عمد، وشبه عمد، وخطأ، ويجب أن يبين أن الجانى واحد، أو أكثر من واحد، ويبين عددهم ان كانوا أكثر من واحد فى القتل الموجب للدية، لأن الحكم يختلف باختلاف هذه الأمور المذكورة، والتى لا تصح الدعوى بدون بيانها من المدعى. وهذه الأحكام لا يخالفها أحد من الفقهاء(١).

دعوى النكاح:-

اختلف الفقهاء فى ذكر الأسباب فى دعوى النكاح حتى يتحقق شرط أن يكون المدعى به معلوما فذهب الحنفية والمالكية: الى أن الدعوى فى النكاح تسمع بدون ذكر الأسباب معها. فلو قال المدعى فى دعواه: هى زوجتى سمعت الدعوى. وهو قول منسوب لبعض الشافعية، وبعض الحنابلة. وذهب بعض آخر من الشافعية، والحنابلة: الى أن دعوى النكاح لا تسمع الا إذا ذكرت الشروط مع الدعوى. وعليه فلا بد أن يقول المدعى فى دعواه: تزوجتها بولى، وشاهدين، ورضاها. فإن لم يقل ذلك فلا تسمع الدعوى.

ونسب الى الشافعية قول ثالث مؤداه أن المدعى فى دعوى النكاح - إذا كان يدعى ابتداء النكاح لزمه ذكر الشروط فيقول فى دعواه تزوجتها بولى وشاهدين ورضاها. أما إذا كان يدعى استدامة النكاح فلا يلزم أن يذكر الشروط فى الدعوى. وعلى ذلك تسمع الدعوى إذا قال: هى زوجتى، لأن ذكر السبب ليس بشرط فى الاستدامة. وتعدد الأقوال فى المذهب الشافعى، انبنى على تأويلهم

---

(١) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٩٦، تبصرة الحكام ج ١ ص ١٣١، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج ١١ ص ٢٨٠.

لعبارة صدرت عن امام مذهبهم، ونصها "ولا تسمع حتى يقول نكحتها بولى وشاهدين ورضاها، فالبعض منهم قال أن الإمام [رضى الله عنه] ذكره على سبيل الإستحباب والبعض الآخر قال إن ذلك شرط لأنه مبنى على الاحتياط وتتعلق العقوبة، بجنسه، فشرط فى دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل.

ونصت كتب المذهب الشافعى على أن القول الثانى من هذين القولين هو الأصح.

أدلة الفريقين:-

احتج الحنفية والمالكية على أن دعوى النكاح لا يلزم فيها ذكر الشروط. قياسا على دعوى البيع والردة والعدة. فالدعوى فى المسائل المذكورة لا يلزم فيها ذكر الشروط، وكذلك النكاح، لا يلزم فى الدعوى به ذكر الشروط.

وقالوا: ان ظاهر عقود المسلمين الصحة.

واحتج من قال من الشافعية والحنابلة بوجوب ذكر شروط النكاح فى الدعوى به بما يأتى.

[١] أولا: أن النكاح خطر، والوطء لا يستدرك، فاشبه القتل.

[٢] ثانيا: أن النكاح لما اختص بشروط زائدة على البيع من الصداق وغيره خالفت دعواه الدعاوى قياسا للدعوى على المدعى به.

[٣] ثالثا: أن المقصود من جميع العقود يدخله البدل والاباحة بخلافه فكان خطرا فيحتاط فيه. وقد ذكر ابن قدامة دليل مذهبهم وهذا نص ما قاله: "ولذا أن الناس اختلفوا فى شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولى والشهود ومنهم من لا يشترط، ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لأبيها فى تزويجها ومنهم من لا يشترط، وقد يدعى نكاحا يعتقده صحيحا والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغى أن يحكم بصحته مع جهله بها - يعنى الشروط - ولا يعلم بها ما لم يذكر الشروط وتقوم البينة بها وتفارق المال فان أسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها والأحوال مما يتساهل فيها ولذلك افترقا فى اشتراط الولى والشهود فى عقوده فافترقا فى الدعوى وعدم العدة. والردة لم يختلف الناس فيه والأصل عدمها ولا تختلف به الأغراض.

وقد ذكر القرافى رحمه الله تعالى - الجواب عن ذلك فقال:

والجواب عن الأول، أن غالب دعوى المسلم الصحة. فالاستدراك حينئذ نادر لا عبرة به، والقتل خطره أعظم من حرمة النكاح والنادر وهو الفرق المانع من القياس.

وعن الثانى: أن دعوى الشئ يتناول شروطه بدليل البيع فكما لا يحتاج البيع فى دعواه الى الشروط كذلك النكاح لا يحتاج فى [illegible] اليها.

وعن الثالث: ان الردة والعدة لا يدخلها البدل ويكفى الاطلاق فيهما«١».

---

(١) انظر فى الدعوى بالنكاح: الفروق للقرافى ج ٤ ص =

وما تقدم فى دعوى النكاح خاص بدعوى الرجل، أما دعوى المرأة النكاح [الزوجية] فان هذه الدعوى كما يقول الشافعية فيها: أما أن تذكر فيها طلب النفقة أو المهر أو تقتصر على مجرد دعوى الزوجية. فإن كانت المرأة ذكرت فى دعواها طلب النفقة أو المهر سمعت دعواها. وإن اقتصرت على مجرد دعوى الزوجية ففى سماع هذه الدعوى وجهان:

الوجه الأول:-

أن دعواها صحيحة وتطلب منها البينة فان لم تحضرها حلف الرجل وبرئ وهذا الرأى أفادته عبارة الامام الشافعى فى الأم((١))، ونصها "وهكذا لو ادعت عليه المرأة النكاح، وجحد كلفت المرأة وقلت لها: احلفى فان حلفت الزمته النكاح".

الوجه الثانى:-

أنه لا تسمع دعواها، لأن النكاح حق للزوج على المرأة، فإذا ادعت المرأة كان ذلك اقرارا، والإقرار لا يقبل مع أفكار المقر له كما لو أقرت له بدار((٢)).

ويقول الحنابلة:

إذا ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقا من حقوق

= ٧٣، تهذيب الفروق والقواعد السنية هامش ج ٤ ص ١١٥، ١١٦ من الفروق للقرافى، المغنى لابن قدامة ج ١٢ ص ١٦٤، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج ١١ ص ٢٧٧، المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٩٦، ٣٩٧ أدب القضاء للحلى ص ١٩٨، ١٩٩.

(١) الأم ج ٦ ص ٢٣٩.

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٩٧.

النكاح كالصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه، لأنها تدعى حقا لها تضيفه إلى سببه، فتسمع دعواها، كما لو ادعت ملكا أضافته الى الشراء«١».

وهذه الدعوى - يتفق الشافعية والحنابلة على صحتها.

والدعوى الثانية:

وهى الدعوى التى اقتصرت المرأة فيها على الزوجية اختلفت أقوال الحنابلة فيها. فمذهب القاضى منهم. الى أن هذه الدعوى صحيحة. وتسمع أيضا لأن النكاح يكون سببا لحقوق لها فتسمع الدعوى فيه. كما تسمع فى دعوى البيع. وذهب أبو الخطاب الى أنه لا تسمع دعواها فيه، لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقا لغيرها«٢».

وهذان القولان لا يخرجان عن قول الشافعية فرأى القاضى الحنبلى يتفق مع رأى الإمام الشافعى رضى الله عنه ورأى أبى الخطاب يتفق مع الرأى الثانى عند الشافعية وبذلك يكون المذهبان متفقين تماما فى هذه المسألة، من ناحية وجود القولين فى الدعوى المجردة، وعدم الاختلاف فى أن الدعوى المرتبطة بحق مترتب على النكاح صحيحة.

وإذا كان العلم بالمدعى به شرطا فى الدعوى، فإنه يجب أن يكون فى كل الدعاوى، ومنها دعوى الحقوق، كالدعوى بالرد للمبيع

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ١٢ ص ١٦٥.
(٢) المغنى لابن قدامة ج ١٢ ص ١٦٥.

بالمعيب، ودعوى الشفعة، ودعوى الغصب، ودعوى القذف، فهذه الدعاوى وغيرها من كل ما هو حق للمدعى يجب أن يكون المدعى به معلوما، حتى تصح الدعوى. فإن أقام دعواه ولم يكن المدعى به معلوما للقاضي والمدعى والمدعى عليه فلا تسمع الدعوى. وشرط العلم بالمدعى به - لصحة الدعوى - يتحقق بالوصف، والتعريف وبيان القيمة، كما تقدم لكنه في بعض الدعاوى لا تصح الدعوى لمجرد أن هذا الشرط قد تحقق بل يجب أن يذكر المدعى تفصيلات معينة تتعلق بالمدعى به، فإذا لم تذكر هذه التفصيلات التي تتعلق بطبيعة الدعوى فإن الدعوى لا تسمع.

ونتعرض هنا لبعض هذه الدعاوى(١) التي تتطلب طبيعتها ذكر أمور معينة حتى تصح وتسمع ومن هذه الدعاوى:

[١] دعوى القرض:

يجب فيها بيان مكان القرض، وصفة المقروض، وأنه من مال المقرض - المدعى - فلا تصح الدعوى لو أن الطالب كان وكيلا بالاقراض، لأنه سفير والسفير ليس له حق المطالبة.

[٢] دعوى الشراء:

إذا ادعى شيئا كان قد اشتراه من شخص ثالث، غير المدعى عليه الذى يده على المدعى به، فهذه الدعوى تحتاج اثبات الملك للبائع وقت العقد، أو اثبات الملك لنفسه فى الحال، أو اثبات القبض والتسليم وأنه قد دفع الثمن للبائع. فهذه الدعوى لا تصح الا إذا كان

(١) انظر درر الحكام ج ٤ ص ١٦٢ ومابعدها.

المدعى قد أدى ثمن المبيع أو إذا كان البائع قد أذنه بقبض المبيع وفى هذه الحالة يؤمر المدعى عليه بتسليم المدعى به للمدعى. أما إذا ادعى على البائع نفسه فان الدعوى لا تسمع إلا إذا أثبت المدعى عقد الشراء وهذا عند بعض العلماء وعند البعض الآخر تصح الدعوى لو ذكر المدعى فى دعواه ان المدعى عليه قد باعه ذلك الشئ وهو مالك له.

[٣] دعوى البيع إكراها:

يبين المدعى فى هذه الدعوى أن البيع تم بالاكراه، وإن قبض الثمن تم بالإكراه وأن تسليم المبيع تم بالإكراه.

فإذا لم ينص على كل ذلك فالدعوى لا تسمع، فلو كان البيع بالاكراه. لكن قبض الثمن أو تسليم المبيع لم يكن أحدهما بالاكراه - ومن باب أولى لو كان الأمران من غير اكراه. فإن الدعوى فى هذه الحالة لا تسمع ولا يحق له الفسخ. وهذه الدعوى لا تتطلب ذكر من هو المجبر حتى تسمع. فإنها تسمع بدون التعرض لذكر المجبر.

[٤] دعوى الاسترداد بسبب فساد البيع:

يجب أن يسأل المدعى عن سبب فساد البيع الذى يستند اليه فى الاسترداد. والذى أوجب سؤال المدعى عن سبب فساد البيع إنما هو احتمال أن يكون ما ظنه المدعى مفسد للبيع، هو غير صحيح، وإن البيع فى هذه الحالة يكون صحيحا.

[٥] دعوى استهلاك الأعيان:

يذكر المدعى فى هذه الدعوى، الأعيان التى يدعى باستهلاكها مع بيانها، وبيان الموضع التى هى فيه، وقيمتها وقت الاستهلاك.

وسبب ذلك هو أن الأعيان قد تكون قيمية وقد تكون مثلية.

[٦] دعوى الموزونات:

يجب على المدعى أن يبين فى دعوى الموزونات، الوزن بذكر كم كيلو كان المدعى به. إذا كان بلد المدعى يحدد الموزون بالكيلو والا فيحدده بوحدة الوزن التى يتعاملون بها.

فإذا ادع برمان ذكر وزنه، وهل هو حلو أو حامض، وهل هو كبير أو صغير.

[٧] دعوى المكيلات:

يذكر المدعى جنس المدعى به، ونوعه، ووصفه، وقدر المدعى به.

فإذا كانت الدعوى على طعام فيذكر جنسه بأنه قمح وقدره خمسة أرادب من قمح بلدى أو مكسيكى، وأنه قمح نظيف أو غير نظيف.

[٨] دعوى الحيوان:

يرى بعض الفقهاء فى دعوى الحيوان أن المدعى يذكر لونه، وسنه، وكونه ذكر أو أنثى. ويرى البعض الآخر أنه لا يلزم ذكر اللون والعلامات فى دعوى الحيوانات وينبنى على ذلك أنه لو ذكر المدعى فى الدعوى علامات معينة، وشهد الشهود على ذلك ثم احضر الحيوان المدعى به بعد الشهادة، وظهر أن بعض علامته مخالف لما ذكر فتكون هذه الدعوى باطلة، على الرأى الأول، وغير باطلة على الرأى الثانى.

هذه أمثلة للدعاوى التى تطلبت طبيعتها ذكر أوصاف أخرى - غير بيان المدعى به ذكرناه لأجل الفائدة.

وذكر هذه الدعاوى من قبيل التمثيل وعليه فكل دعوى تتطلب طبيعتها ذكر بعض البيانات الخاصة بالمدعى به يلزم ذكر هذه الأوصاف حتى تكون الدعوى صحيحة ومسموعة أمام القضاء.

الدعوى بالمجهول:-

تقدم أن العلم بالمدعى به ضرورى حتى تكون الدعوى صحيحة ويعنى شرط العلم بالمدعى به أن الدعوى بالمجهول لا تصح لكنه لما كانت الدعوى بالمجهول ليست غير صحيحة مطلقا، لأنها تصح فى بعض الدعاوى كما ذكر ذلك بعض الفقهاء.

فإننا نبدأ هنا بالكلام عن الدعوى بالمجهول مبينين متى تكون الدعوى صحيحة عند الفقهاء.

ولو أردنا تحديدا لطبيعة المجهول التى تصح الدعوى به لما استطعنا، لأن الفقهاء لهم فى ذلك مذاهب شتى ولهذا فاننا نتعرض للكلام فيه كما نص عليه عندهم فنقول: يرى الشافعية كما ذكر الشيرازى(١) أن المدعى به إذا كان مالا عن وصية جاز أن يدعى به مع جهالة الموصى به [المدعى به]، وعلل هذه الدعوى بأن الوصية تصح بالمجهول. وزاد الخطيب(٢) أمورا أخرى تصح الدعوى بها مع الجهالة، هى الإقرار ولو بنكاح، وفرض المفوضة، لأنها تطلب فرض الصداق لها، والمتعة، والحكومة، والرضخ وحط الكتابة والغرة والإبراء بالمجهول بناء على الأصح من صحة الإبراء منه فيها. وحق ممر أو إجراء الماء فى أرض جدوف اكتفاء بتحديد الأرض كما رجحه ابن المقرئ.

وذكر أن الشهادة بهذه المستثنيات تصح بناء على صحة الدعوى بها.

ويبدو أن عامة الشافعية لا يقولون بصحة الدعوى بالمجهول إلا فى الدعوى بالوصية فقط كما ذكر الشيرازى. أما ما ذكره الخطيب فهو قول فى المذهب يخالف المشهور.

فالماوردى يقول(٣) لا تصح الدعوى فيما عدى الوصية اللامعلومة وتجوز دعوى الوصية مجهولة، لأنه يجوز أن يتملكها مجهولة.

وهل معنى ذلك أن دعوى الوصية مجهولة محل اتفاق فى مذهبهم؟

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٩٦.
(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٦٤.
(٣) كتاب أدب القاضى للحموى ص ٢٠٢.

ويجاب بأن الاتفاق منقوض بكلام القاضى الشافعى«١» الذى قال: الذى أراه أن دعوى الوصية المجهولة مردودة، لأن الوصول الى اعلام الموصى به ممكن بمراجعة الورثة، وإذا أمكن ذلك فليقدم الاحاطة به، ثم يربط دعواه بمعلوم لكن الإمام الشافعى [رحمه الله]، قال:«٢» "وقال العلماء الدعوى على الجهالة مردودة، الا دعوى الوصية، فإنها تقبل مع الجهالة، لأن الوصية بالمجهول صحيحة ثم الرجوع فى تفسيرها الى الورثة فإذا صحت الوصية كذلك صح ادعاؤها على وجه صحتها انشاء.

ومعنى ذلك أن الإمام رحمه الله يرى ما يراه الأصحاب من صحة الدعوى بالوصية مع الجهالة وعلل ذلك بأن الموصى له إذا قال: أن فلانا قال: أوصيت لفلان بشئ ما وأنا أدعى ثبوت هذه اللفظة، ثم أنعت بعدها لم يمتنع عليه ذلك. وانما ترفض الدعوى عند جحود الوارث أصل الوصية، ويعرف التعيين منه ان اعترف بأصل الوصية.

دعوى الإقرار بمبهم:-

إذا ادعى شخص على آخر بمبهم فقال المدعى عليه له: على شئ، فان المدعى عليه يطالب بالتفسير. فإن امتنع عن التفسير جعل ناكلا ورد اليمين على المدعىّ وقضى له، لأنه كالساكت عن جواب المدعى. وهناك قول آخر فى المذهب وهو أن المدعى عليه يحبس حتى يقر لأنه قد أقر بالحق وامتنع من أدائه فحبس.

والقول الأول المذكور فى هذه المسألة والذى اعتبر المدعى عليه ناكلا عند امتناعه عن التفسير مما يترتب عليه رد اليمين على

---

(١) المرجع السابق.
(٢) أدب القاضى للحلى ص ٢٠٢.

المدعى والقضاء له، قول فيه شئ من الغرابة إذ كيف يقضى للمدعى دعواه مبهمة غير معلومة اللهم الا أن يكون المقصود هو. أن يقال للمدعى ادع عليه حقا معلوما فإن أقر به أخذ منه وإن أنكر حلف وان قال: لست أدرى كان انكارا منه فان أصر عليه بعد عرض اليمين عليه جعل ناكلا وردت اليمين على المدعى. وهذا هو كلام الإمام الشافعى رضى الله عنه.

وبقية المسائل التى ذكر الخطيب جواز الدعوى بها مع الجهالة لم تتعرض لها أكثر كتب المذهب مما يدلنا على أن هذا القول، انما هو قول ضعيف فى مذهب الشافعية غير أن دعوى الإقرار بالمجهول لا تسمع إلا مرتبة على حبس المقر الى أن يفسر ما أقر به والدعوى بها أن يشهد الشاهدان بما سمعاه من لفظة المبهم، ثم يطالبه ببيانها، فان امتنع حبسه، فعلى هذا ينبغى سماع دعواه بالاقرار بالمجهول. أما ان قيل أن المقر لا يحبس إذا لم يفسر ويكلف المقر له ببيان قدر يدعيه، فينبغى أن لا تسمع دعوى الاقرار بالمجهول، إذ لا فائدة منها إذا آل الأمر الى تكليف المقر له ذكر قدر معين والدعوى به وهذا ظاهر(١).

ويرى الحنابلة(٢) أن الدعوى بالمجهول لا تصح الا فيما يصح مع الجهالة كموصى به ومقر به وعوض خلع فتصح الدعوى بذلك مع جهالته لصحته.

قال البهوتى:- ولا يمكنه أن يلزمه مجهولا الا فيما نصححه مجهولا كوصية واقرار وعوض خلع وعبد من عبيده فى مهر وكذا فرس من خيله وثوب من ثيابه ونحوه ومذهب الحنابلة يتفق مع ما عليه

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠٣، المهذب ج ٢ ص ٤٤٣.
(٢) كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٧، ٣٣٨.

أصحاب المذهب الشافعي في صحة الدعوى بالوصية والاقرار مع الجهالة .

وما ذكره الحنابلة من صحة الدعوى بعوض خلع وما بعده، وجدنا من قال بهذا القول من الشافعية [ونص على سماع الدعوى بهذه الأمور كما تقدم]«١» .

مذهب الحنفية :-

لم يختلف مذهب الحنفية عن مذهب الشافعية والحنابلة في الدعوى بالمجهول في الوصية والاقرار فقد ذكر ابن عابدين نقلا عن المعراج صحة الدعوى بالوصية والاقرار قال: فانهما يصحان في المجهول. وزاد على ذلك دعوى الإبراء بالمجهول حيث ذكر أنها تصح بلا خلاف. ويرى الحنفية أنه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة . ويكون القول في القيمة للغاصب، والمرتهن وبذلك يكون عدد الدعاوى التي تصح بالمجول في مذهب الحنفية خمسة دعاوى: دعوى الوصية، والاقرار والإبراء، والغصب، والرهن«٢» .

مذهب المالكية :-

يرى المالكية : أن الدعوى بالمجهول لا تصح إذا كان المدعى يعلم قدر حقه وامتنع عن بيانه. أما إذا كان الدعوى بحق لا يعلم قدره وهو ثابت قبل المدعى عليه بالبينة فان هذه الدعوى صحيحة، وتسمع. ومثلوا لهذه الدعوى برجل ادعى حقا له في دار معينة

---

(١) انظر مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٦٤.
(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٥٤٤.

وقامت له بينة أن له فى هذه الدار حقا ولا يعلم قدر هذا الحق فهى دعوى مسموعة · وقد نص الإمام مالك على ذلك، فقال فى المدونة فى آخر كتاب الشفعة : "ومن ادعى حقا فى دار بيد رجل فصالحه منه فان جهلاه جميعا جاز فى تعليقه على شرط معلومية الدعوى ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وامتنع عن بيانه" ·

والمازرى منهم يرى ذلك الرأى لذلك قال: "وعندى أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشئ وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك باقرار بما ادعى على وجه التفصيل وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب«١» ·

هذا وأن الحكم عند المالكية كان ببطلان الدعوى بالمجهول مطلقا - أى سواء كان المدعى يعلم قدر دعواه ولم يتبين أم لم يعلم، فإنما كان ذلك القول عندهم قبل قول امام مذهبهم العبارة الواردة فى آخر كتاب الشفعة والتى ذكرناه فى صدر هذا الموضوع·

الشرط الثانى من شروط المدعى به:-

اختلفت عبارات الفقهاء حول هذا الشرط·

فقال الحنفية : أن يكون المدعى مما يحتمل للثبوت، لأن دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابنى لا تسمع دعواه، لاستحالة أن يكون الأكبر سنا ابنا لمن هو أصغر سنا منه، وكذا إذا قال لمعروف النسب من الغير: هذا ابنى· أى لا تسمع«٢» ·

---

(١) انظر الخرشى ج ٧ ص ١٥٤·
(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٢٤·

وفى هذا المعنى جاءت عبارة المالكية عن هذا الشرط فقالو - أن تكون مما لا تشهد العادة ولا العرف بكذبها. والدعاوى باعتبار هذا المعنى ثلاثة أنواع، نوع تكذبه العادة، ونوع تصدقه العادة، ونوع متوسط لا تقضى العادة بصدقه ولا بكذبه.

النوع الأول:-

ما تشهد العادة بكذبه كدعوى الحاضر الأجنبى ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبنى ويؤاجر مع طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من توقيع رهبة أو رغبة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدعى أن له فيها حقا وليس بينهما شركة، ثم قام يدعى أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعواه. فهذا لا تسمع دعواه أصلا فضلا عن بينته لتكذيب العرف اياه. ومن ذلك لو قال رجل لعبد هذا ابنى فانه يلتحق به مالم يكذبه الحس بأن يكون أكبر منه سنا أو العرف بأن يستيقن الناس أنه ليس بولده مثل أن يكون الغلام سنديا والرجل فارسيا لم يدخل بلاد السند، قال مالك فلا يلحق به ان كذبه الشرع بأن يكون مشهور النسب ومن ذلك دعوى الغصب والفساد على رجل صالح لا ينسب اليه ذلك، ولا يليق به، فلا تسمع تلك الدعوى.

النوع الثانى:-

ما تصدقه العادة مثل أن يدعى سلعة معينة بيد رجل، او يدعى صانع منتصب للعمل أنه دفع اليه متاعا يصنعه له، وما أشبه ذلك فهذه الدعوى مسموعة من مدعيها. ويمكن المدعى من اقامة البينة على مطابقتها -أو يستحلف المدعى عليه ولا يحتاج فى استحلافه الى اثبات خلطة.

النوع الثالث:-

وهو ما لا تقضي العادة بصدقه ولا بكذبه مثل أن يدعى الرجل دينا فى ذمة رجل أو يدعى معاملة، فهذه الدعوى أيضا مسموعة من مدعيها ويمكن من اقامة البينة على مطابقتها، فإما استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك الا باثبات الخلطة بينهما(١).

وعبارة الشافعية فى هذا الشرط من شروط الدعوى "الا تنافيها دعوى أخرى ومن ذلك الا يكذب المدعى أصلا له. فلو ثبت باقرار رجل أنه من سلالة العباس بن عبدالمطلب فادعى فرعه أنه من سلالة الحسين بن على لم تسمع دعواه ولا بينته(٢)".

وقال الحنابلة: ويعتبر أيضا فى الدعوى أن تنفك عما يكذبها فلو ادعى أنه قتل أو سرق من عشرين سنة وسنه - أى المدعى دونها ونحوه لم تسمع لأن الحس يكذبها. ومنه لو ادعى أن الخليفة اشترى منه حزمة بقل وحملها بيده لم تسمع دعواه بغير خلاف قاله فى القواعد.

ولو ادعى أنه قتل أباه أو ابنه ونحوه منفردا ثم ادعى على آخر المشاركة فيه أى فى قتل أبيه ونحوه لم تسمع الدعوى الثانية لأنه كذبها بدعواه الأولى، وكذا لو ادعى الآخر الانفراد به فلا تسمع ولو أقر الثانى لتكذيبه له أولا، إلا أن يقول المدعى غلطت أو كذبت فى الأولى فتقبل الثانية لا مكانه، والحق لا يعدوهما.

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٣٠.
(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢٦.

ومن أقر لزيد بشيء من دار، أو كتاب، أو ثوب ونحوه، ثم ادعاه لنفسه وذكر تلقيه منه أي من زيد سمع منه مادعاه وطولب بالبيان، لاحتمال صدقه أولا، أي وان لم يذكر تلقيه من زيد فلا تصح دعواه لنفس التكذيب لاقراره الأول«١»· وهكذا في كل دعوى ينبغي أن تنفك عما يكذبها والا فانها لا تسمع·

الشرط الثالث من شروط المدعى به«٢»:

أن يكون ملزما للخصم بعد ثبوته، لأنه إذا لم تكن الدعوى ملزمة للخصم فلا تفيد فائدتها·

فلو ادعى زيد أنه وكيل عمرو وأنكر عمرو لا تسمع الدعوى، لأن عقد الوكالة غير لازم· فيمكن للموكل وهو عمرو عزل الوكيل زيد في الحال·

ومثله: لو ادعى رجل على رجل هبة على قول من يقول ان الهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع عنها مال تقبض، فإنه لا يلزم المدعى عليه الجواب عن ذلك لأنه يمكنه الرجوع في هبته، فلا فائدة في الزامه ما لو أقر به لم يلزمه إذا رجع عنه· وكذلك الوصايا التي له الرجوع عنها، وعلى هذا يجري دعوى انسان على آخر أنه عده بشيء يعطيه إياه على القول بأن الواعد لا يجبر على الوفاء بوعده·

ولهذا فإن بعض الأئمة ذهب الى أنه لا يلزم الجواب عنه حتى يضيف اليه المدعي ما يلزم المطلوب بما ادعى عليه· فيقول في هذه

---

(١) كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٨·
(٢) معين الحكام ص ٥٤، ٥٥ تبصرة الحكام·

الهبة : يلزم تسليمها «١» ٠

وإذا كانت الدعوى على رجل هبة على قول من يقول انها تلزم بالقول، فان المدعى عليه يلزم الجواب٠ والدعوى صحيحة لأنها [illegible] إذا ثبتت، لكن إذا كانت للمطالبة بحق وكان الموكل غائبا وأساس هذه المطالبة بهذا الحق هو الوكالة فإن هذه الدعوى تسمع ضد المدين لأنه يلزم بدفع الدين للوكيل بناء على هذه الدعوى التى أساسها الوكالة ٠

الشرط الرابع من شروط المدعى به:-

أن لا يكون المدعى به شيئا تافها حقيرا ليس مما يتشاح فيه العقلاء كنواة تمر وحبة بر وما قيمته أقل من فلس لخروج ذلك عن أن يكون حقا متمولا والدعوى لا تكون إلا بحق يستوجب مشاحة الناس وخصومتهم فيه كما يدل على ذلك تعريفها، ولهذا قالوا ينبغى أن تكون مفيدة «٢»، وهذا القول يخالفه الحنابلة، لأنهم يقولون بأن الدعوى تصح بالقليل وبالكثير ولو لم تتبعه الهمة «٣» ٠

---

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٢٧، وعبارة ابن فرحون فى هذا الشرط من شروط المدعى به "أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته"، ولا خلاف فى المعنى بين الكلام المذكور فى الأصل وبين هذه العبارة التى ذكرها ابن فرحون٠

(٢) حاشية الشيخ على العدوى هامش ج ٧ ص ١٥٣ من كتاب الخرشى على مختصر سيدى خليل٠

(٣) مطالب أولى النهى ج ٦ ص ٥٠١ ٠

المطلب الخامس

في
الركن الرابع وهي - صيغة الدعوى

نتكلم في هذا المطلب عن الركن الرابع من أركان الدعوى وهو الصيغة، ولكي تتحقق الغاية من الدعوى فانه يلزم لها عدة شروط.

الشرط الأول:

أن تكون العبارة تفيد النفي والقطع بأن المدعى به حق للمدعي وكذا جواب المدعى عليه يكون بعبارة تفيد القطع واليقين. فلو لم تكن العبارة كذلك بل كانت تفيد الظن كقول المدعي في دعواه: أظن أن لي عليه ألفا أو قال المدعى عليه في الجواب أظن أني قضيته حقه، فان الدعوى في الحالتين لا تسمع لتعذر الحكم فيها.

وكذلك لا تسمع الدعوى إذا كانت العبارة هي قوله أشك أن لي عليه كذا أو قال المدعى عليه أشك أني لم أوفه حقه.

وعلى ذلك ينبغي أن تكون العبارة تفيد الجزم بما للمدعي من حق في دعواه وبأي عبارة تدل على هذا الجزم تصح الدعوى.

الشرط الثاني:

من الشروط التي تلتزم لصحة الدعوى أن تكون بلسان المدعي أو بلسان نائبه وجواز أن تكون الدعوى بلسان النائب هو مذهب الصاحبين من الحنفية وقرره الشافعية والظاهرية، وقال بذلك أيضا ابن

سهل من المالكية ونص على أن العمل فى مذهبهم جرى على ذلك(١)٠

ولم يضع أصحاب هذا المذهب قيودا لهذا الجواز٠

وذهب بعض أهل العلم ومنهم الإمام أبو حنيفة إلى أن الدعوى لا يجوز أن تكون بلسان غير المدعى إلا إذا كان له عذر يمنعه من التلفظ بها كمرض، أو رضى المدعى عليه، أن تكون الدعوى بلسان نائب للمدعى٠ وفيما عدا هاتين الحالتين لا يجوز أن تكون الدعوى إلا بلسان المدعى عند الإمام أبى حنيفة٠

وفى جانب المدعى عليه تكلم المالكية فى مدى صحة التوكيل منه إذا ادعى عليه عند الحاكم، فهل يجوز له أى المدعى عليه٠ أن يوكل قبل أن يجيب عن تلك الدعوى باقرار أو أنكار؟

فقيل أنه لا يجوز له التوكيل حتى يجيب٠ فإن لم يجب فإن الحاكم يجب أن يحمله على الجواب بالأدب٠ وهذا القول لم يرتضيه ابن الهندى الذى قال: إن قول من قال: إن له أن يوكل قبل أن يجيب أصح، لأنه قد أجيز للحاضر أن يوكل٠

ولكنا وجدنا ابن سهل ذكر أن الصحيح عنده هو عدم التمكين قبل الجواب لأن اللدد فيه ظاهر٠

وقد أخذ ابن العطار بقول ابن الهندى ولكن عند وجود الوكيل بالحضرة لكى يجاوب عنه(٢)٠

---

(١) انظر فى هذه المسألة البدائع ج ٦ ص ٢٢٢؛ تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٣٩ المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٦٠

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٥٦٠

هذان المذهبان اللذان ذكرناهما فى صحة الإنابة فى الدعوى بلا قيد أو عدم صحتها إلا لضرورة أو رضى المدعى عليه قد ذكرهما الكاسانى فى بدائعه وذكر أدلتهما ونحن نذكر هنا نص ماقاله:

"لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالحضرة فى اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والأصل فيه ما روى عن عبدالله بن جعفر رضى الله عنهما أن سيدنا عليا رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها لحجا يحضرها الشياطين. فجعل الخصومة الى عقيل رضى الله عنه، فلما كبر ورق، حولها الى. وكان على يقول: ما قضى لوكيلى فلى وما قضى على وكيلى فعلى. ومعلوم أن سيدنا عليا رضى الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف فى جوازه بغير رضا الخصم.

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: لا يجوز من غير عذر المرضى والسفر وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز فى الأحوال كلها ... وذكر الجصاص أنه لا فصل فى ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا فى المرأة إذا كانت مخدرة غير بريزة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان فى موضعه. وقال ابن أبى ليلى: لا يجوز الا توكيل البكر. وهذا غير سديد، وقد احتج الصاحبان لمذهبهما: "أن التوكيل بالخصومة صارف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء دين. ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعى والانكار حق المدعى عليه، فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه، فلا يقف على رضا خصمه، كما لو كان خاصمه نفسه.

ولأبى حنيفة عليه الرحمة أن الحق هو الدعوى الصادقة

والانكار الصادق، ودعوى المدعى خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط. وكذا انكار المدعى عليه. فلا يزداد الاحتمال فى خبر بمعارضة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقا فكان الأصل أن لا يلزم به جواب، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات، وقطع المنازعات المؤدية الى الفساد وإحياء الحقوق الميتة. وحق الضرورة، يصير مقتضيا بجواب الموكل فلا تلتزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة. مع ما أن الناس فى الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر وربما يكون الوكيل الحسن بحجة فيعجز من يخاصمه من احياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم العذر مضافا الى التزامه، وان كان الموكل مريضا أو مسافرا فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه، فلو لم يملك النقل الى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحى عن الحضور لمجالس الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرا كانت أو ثيبا فيضيع حقها(١).

وذهب الحنابلة الى أن الدعوى لا تسمع من ورقة مكتوبة إلا إذا تلاها المدعى(٢).

الشرط الثالث:.

أن تكون على خصم حاضر.

وقد ذهب العلماء فى ذلك مذهبين:

---

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٢.
(٢) كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٩.

المذهب الأول«١»: لا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر.

وعليه الحنفية ورواية عن مالك أنه لا يقضى على الغائب فى (ال) والأرضين إلا أن يكون غائبا غيبة طويلة قال ابن القاسم: كما بين مصر والأندلس«٢».

وقرر الشيعة الامامية أن الحكومة لا تجوز لغائب ولا على غائب إذا لم تكن له خليفة فان كان له خليفة فإنه يحكم له ويحكم عليه. وقالوا ولا يقر الحاكم البينة أو يسمعها الا بمحضر المشهود عليه، وقيل الا ببينة الوكالة والنسب فيجوز فيها ذلك بلا محضر منه، وقيل: يجوز فى الوكالة فقط.

المذهب الثانى«٣»:

يقضى على الغائب كما يقضى على الحاضر وتسمع الدعوى والبينة عليه.

وعليه الشافعية: وقد اشترطوا لصحة القضاء على الغائب، أن تكون للمدعى بينه على الدعوى وأن يبين ما يدعى به وقدره ونوعه ووصفه، وأن يذكر فى الدعوى أنه يطالب بحقه، وأن يحلف المدعى أنه لم يبرئ المدعى عليه من الحق.

---

(١) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٣ ص ١٩٨ تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٣٤، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٧، ٤٠٨، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٦، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٤٧.
(٢) انظر كتاب النيل وشفا العليل ج ١٣ ص ١٠٦.
(٣) يلزم تحقيق المحدثين من كتب الأحاديث.

هذا وقد اكتفى الشافعية فى البينة بالشاهد واليمين فيما يقضى فيه بهما، لأن الدعوى بقصد ثبوت الحق وطريقه محصورة فى قرار أو يمين مردودة أو بينه. والأولان مفقودان عند غيبة المدعى عليه. والمالكية - باستثناء الدعوى على الغائب فى الدور والأرضين - والظاهرية وفى كلام الحنابلة ما يفيد موافقتهم للشافعية ومن معهم فى الدعاوى المتعلقة بحقوق الأدميين. وبشرط أن يكون للمدعى بينة.

ولكل مذهب دليلة:

وللأول: ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسيدنا على رضى الله عنه لا تقضى لأحد الخصمين مالم تسمع كلام الآخر«١» نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع الكلام الآخر. والقضاء بالحق للمدعى حال تلبية المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، فكان منهيا عنه، لأن القاضى مأمور بالقضاء بالحق. قال الله تبارك وتعالى جل شأنه "ياداود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق«٢»" وقال عليه الصلاة والسلام - لعمرو بن العاص: اقضى بين هذين. قال. أقضى وأنت حاضر بيننا. فقال عليه الصلاة والسلام اقضى بينهما بالحق«٣».

والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب. فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغىّ أن لا يجوز الحكم بها أصلا. إلا أنها جعلت

---

(١) يلزم تحقيق المحدثين من كتب الأحاديث.
(٢) آية ٢٦ سورة ص.
(٣) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٢٣ فتح القدير ج ٧ ص ١٤٩.

حجة لضرورة فصل الخصومات، والمنازعات، ولم يظهر حالة الغيبة، وقد خرج الجواب عن كلامه«١»٠

وقد استثنى الحنفية بعض الحالات التى يجوز فيها القضاء على الغائب ومنها:ـ

١ - إذا كان عن الغائب نائب كوكيل أو وصى أو وارث وهم فى هذه الحالة يرون أن القضاء على الغائب يجوز لأنه بحضور الغائب عنه يكون القضاء عليه قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى٠

٢ - إذا كان بين الغائب وبين شخص آخر اتصال فيما وقع فيه الدعوى، بأن كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب، لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكأن الكل حق الحاضر لأن ما كان من ضرورات الشئ كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر«٢»٠

وللمذهب الثاني:

أولا: قوله [صلى الله عليه وآله وسلم] لهند: "خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف"«٣»٠

وهو قضاء منه ـ صلى الله عليه وسلم ـ على زوجها، ولو كان فتوى لقال لها صلى الله عليه وسلم "لك أن تأخذى" أو لا بأس عليك أو نحوه، ولم يقل خذى، لأن المعنى لا يقطع، فلما قطع كان حكما٠

---

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٢٣، فتح القدير ج ٧ ص ١٤٩٠
(٢) البدائع للكاسانى ج ٤ ص ٢٢٣٠
(٣) ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى ج ٨ ص ٢٢٩٠

وقد رد هذا الدليل بوجوه منها :-

[أ] أن أبا سفيان حاضرا بمكة · فان الواقعة كانت بمكة لما حضرت هند المبايعة ·

[ب] ان هذا الكلام كان منه [صلى الله عليه وسلم] على سبيل الفتوى· وقد ذكر ذلك الرافعي في النفقات·

وقد أيده في ذلك ابن شهبة · فقد قال: وهو الذى يظهر يعني الاستفتاء، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يحلفها، ولم يقدر المحكوم به لها، ولم تجر دعوى على ما شرطوه·

ويحتمل أن تكون الواقعة وقعت مرتين·

ثانيا : ماصح أن عمر [رضى الله عنه] حكم في امراة المفقود أنها تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا ·

ثالثا : قول عمر رضى الله عنه من كان له على الا سيقع مال فليأتنا غدا فانا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه· وكان غائبا ·

رابعا : قال ابن حزم صح عن عثمان رضى الله عنه القضاء على الغائب ولا مخالف لها من الصحابة · [يعني عمر وعثمان] ·

خامسا : ولأن البينة مسموعة بالاحقاق على الغائب فليجب الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت· وأيضا فالحكم على الميت والصغير جائز(1) وهما أعجز من الدفع من الغائب·

---

(1) سبق أن ذكرنا أن من شروط صحة الدعوى تكليف =

سادسا: لأن فى المنع من القضاء على الغائب اضاعة للحقوق التى ندب الحكام الى حفظها فانه لا يعجز الممتنع من الوفاء عن الغيبة.

وقالوا أن الدعوى على الغائب كالدعوى على الحاضر. فحضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء ببينه قياسا على الحاضر.

ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب فى خبرة بالبينة، فيظهر صدقه فى دعواه، كما إذا كان المدعى عليه حاضرا - يحققه ان المدعى عليه، لا يخلو إما أن يكون مقرا وإما أن يكون منكرا فإن كان مقرا فكان المدعى صادقا فى دعواه فلا حاجة إلى القضاء. وإن كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهره للحق فجاز(١).

تلك هى أدلة القائلين بجواز الدعوى على الغائب، ومنهم كما ذكرنا المالكية، غير انهم استثنوا بعض الدعاوى المتعلقة بالدور والأراضى(٢)، مما جعل ابن حزم ينتقد هذا التفريق بين الدور والأراضى، وغيرهما، ويعتبره تفريق على غير أساس. وهو ظاهر الخطأ فى رأيه لذلك نسوق ما ذكره بن حزم فى هذه المسألة، فنقول وبالله

= المدعى عليه عند الشافعية، وقولهم هنا بجواز الحكم على الصغير ينقضه والجواب عنه أنه يحل عدم صحة الدعوى عليها عند حضور وليهما أى يجب أن تكون الدعوى عليه فان كان الولى غائبا فالدعوى عليها كالدعوى على الغائب فلا تسمع إلا أن يكون هناك بينة، ويحتاج معها الى اليمين، انظر مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٧، ٤٠٨.

(١) انظر فى كل ما تقدم: البدائع ج ٤ ص ٢٢٣ حكم القدير ج ٧ ص ١٤٩، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، المهذب ج ٢ ص ٣٨٨، التبصرة ج ١ ص ١٣٠.

(٢) التبصرة لابن فرحون ج ١ ص ١٣٤.

تعالى التوفيق، "أما قول مالك فظاهر للخطأ من وجهين، أحدهما تفريق بين العقار وغيره وهو قول بلا برهان، وما حرم الله تعالى على أحد من الناس من عقار غيره إلا كالذى حرمه من غير العقار ولا فرق، بل العقار كان أولى فى الرأى أن يحكم فيه على الغائب لأنه لا ينقل ولا يغاب عليه، ولا يفوت بل يستدرك الخطأ فيه. فى كل وقت. وليس كذلك سائر الأموال.

الوجه الثانى:-

التفريق بين الغائب غيبة طويلة وغيبة غير طويلة فهذا قول بلا برهان وتفريق فاسد، وليس فى العالم غيبة إلا وهى طويلة بالاضافة إلى ما هو أقصر منها فى الزمان. والمكان وهى أيضا قصيرة بالاضافة الى ما هو أطول منها فى المكان والزمان فمن غاب عامين الى العراق فقد غاب غيبة طويلة بالاضافة الى من غاب نصف عام الى مصر ويعتبر غائب غيبة قصيرة بالاضافة الى من غاب عشرة أعوام الى الهند.

وهكذا فى كل زمان وكل مكان. وتحديد ابن القاسم خطأ ثالث. وهذا قول ما نعلمه لأحد من خلق الله عز وجل غير مالك فقط. فسقط هذا القول.

هكذا قال ابن حزم فى انتقاده لمذهب مالك [رضى الله عنه] ثم أخذ فى ابطال مذهب الحنفية فقال(١): "وأما قول أبى حنيفة ففاسد أيضا لأن كل من لم يحضر مجلس الحكم فهو غائب عنه ولو أنه فى رحبة باب دار الحاكم. فعلى هذا لا يحكم على أحد أبدا وهو فاسد كما ترى".

---

(١) المحلى ج. ٩ ص ٣٦٧.

ثم أخذ ابن حزم في الرد على ما استدلوا به فقال: فإنهم احتجوا بما روينا من طريق شريك عن سماك بن حرب عن حنش بن المعتمد عن علي بن أبي طالب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن لا علم لي بالقضاء فقال ان الله عز وجل يهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء. قال: "فما زلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد".

وما روينا من طريق ابن عيينه عن سماك بن حرب عن حنش بن المعتمد عن علي بن أبي طالب أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال له: "إذا قعد الخصمان فلا تقضي للأول حتى تسمع حجة الآخر".

ونا محمد بن الحسن الرازي نا عبدالرحمن بن عمر بن النحاس نا ابن الاعرابي نا سهل بن محمد بن عثمان الواسطي نا القاسم بن عيسى بن ابراهيم الطائي نا المؤمل بن اسماعيل عن سفيان الثوري عن علي بن الأقمر عن جحيفة عن علي بن أبي طالب أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال له في حديث "فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي للأول حتى تسمع من الآخر فانه أحرى أن يثبت لك القضاء" ثم ... قال ابن حزم: لا نعلم لهم شيئا غير هذا. وكله لا حجة لهم في شئ منه ... لأن شريكا مدلس وسماك بن حرب يقبل التلقين. وحنش بن المعتمر ساقط مطروح.

وأما الطريق الآخر فالقاسم بن عيسى بن ابراهيم الطائي مجهول لا يدرى من هو. ثم أعجب شئ أننا روينا من طريق البزار نا أبو كامل نا أبو عوانة عن سماك بن حرب عن حنش بن المعتمر قال: ان علي بن أبي طالب قدم اليمن فاختصم اليه في أسد سقط في بئر

فاجتمع الناس اليها فسقط فيها رجل فتعلق بآخر وتعلق الآخر بثالث وتعلق الثالث برابع فسقطوا كلهم. فطلبت دياتهم من الأول فقضى فى ذلك بديتين وسدس على من حضر البئر من الناس فللاول ربع دية لأنه هلك فوقه ثلاثة، وللثانى ثلث دية لأنه هلك فوقه اثنان، وللثالث نصف دية لأنه هلك فوقه واحد، وللرابع دية. فأخبر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقضاء على فقال: هو ما قضى بينكم. وهم يخالفون هذا ولا يقولون به. فمره تكون رواية سماك بن حرب عن حنش حجة إذا ظنوا أن تمويههم بها يجوز لهم، ومرة لا تكون حجة إذا لم يمكنهم أن يموهوا بها.

ثم قال: "لو صحت الأخبار التى قدمنا لما كان لهم متعلق أصلا لأنه ليس فيها ان لا يقضى على غائب، بل فيها أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته. وهذا شئ لا نخالفهم فيه. ولا يجوز ان يقضى على حاضر ولا غائب بقول خصمه لكن بالذى أمر الله تعالى به من البينة العادلة فقط، فظهر عظم تمويههم بالباطل"(١).

هذا رأى ابن حزم فى الدعوى على الغائب وهو قد قرر ما قرره الشافعية والحنابلة والمالكية فى أشهر روايتهم - بأن الدعوى عليه صحيحة مسموعه وهو الرأى الصحيح فى نظرنا لقوة دليلة النقلى، ولضعف أدلة مخالفيه، ولقولهم بجواز القضاء على الغائب فى بعض المسائل التى ذكروها والتى أشرنا اليها فى أول هذا الموضوع، ولأن هذا القول يتمشى مع حكم الدعوى وهو وجوب الجواب على المدعى عليه حتى يمكن قطع الخصومة والنزاع، وإذا وجب الجواب على المدعى عليه فهو إما أن يقر بالمدعى وإما أن ينكر، وقد قرر الفقهاء أن المدعى عليه إذا أقر فلا خصومة وعليه الوفاء للمدعى.

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٨، ٣٦٩.

وإذا أنكر فإن البينة تجب على المدعى، ولا يقضى للمدعى بغيرها إذا كان المدعى عليه غائبا. ولهذا اشترط القائلون بالدعوى على الغائب بصحة الدعوى من المدعى أن تكون له بينة تشهد له بما يدعيه، وإلا فإن الدعوى لا تصح.

وعلى هذا فشرط المدعى عليه إنما ذكرناه بناء على رأى الحنفية من اعتباره شرطا من شروط صحة الدعوى فى مذهبهم.

الشرط الرابع:

من شروط صحة الدعوى:-

أن تتضمن مطالبة المدعى عليه بالحق المدعى به سواء أكان المدعى به عينا أم دينا((١)). وأصحاب المتون قد نصوا على هذا الشرط صراحة فى متونهم وان كان أصحاب الفتاوى لم ينصوا عليه اعتمادا على أن دلالة الحال تغنى عنه. وهذا ما ذكره ابن عابدين فى حاشيته ونص كلامه: "زاد فى الكنز وأنه يطالبه به. قال فى البحر هكذا جزم به فى المتون والشروح وأما أصحاب الفتاوى كالخلاصة والبزازية فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا، وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مرة ليعطينى حتى كما فى العمدة" ولا يخفى أنه كان ينبغى للمصنف ذكره - يعنى صاحب متن تنوير الأبصار - كما قالوا ان ما فى المتون والشروح مقدم على ما فى الفتاوى"((٢)). وقد نص الشافعية على وجوب المطالبة من المدعى

---

(١) انظر فى ذلك: الهداية مع نتائج الأفكار ج ٧ ص ١٥٣، شرح العناية هامش الكتاب المذكور ص ١٥١ حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢٩٤، فتح المعين مع حاشية اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٥٢ حاشية، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٨.

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص ٥٤٧. (٢ مكرر) انظر حاشية ترشيح المستفيد بن بتوشيح فتح المعين ص ٤٠٨ على فتح المعين.

لكنهم قيدوا ذلك بأن يكون فى دين حال. وأجازوا أن يدعى بدين بعضه حال وبعضه مؤجل لكنه لا يطالب إلا بما حل فقط وإلا لم تسمع الدعوى.

الشرط الخامس:

أن تتضمن سؤال المدعى عليه عنها.

ذكرنا هذا الشرط من جملة الشروط المصححة للدعوى بناء على رأى بعض الفقهاء، وان كان الرأى الصحيح فى نظرنا أنه ليس بشرطا فيها.

وعلى ذلك فقد ذكرناه، من أجل أن نبين ضعفه، وأن رأى الجمهور باعتباره ليس بشرط هو الأصح.

وهذا الشرط قائم على اساس أن القاضى لا يسأل المدعى عليه عن الدعوى الا بطلب من المدعى، وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية وهو قول عند الحنابلة.

قال الطحطاوى فى تعليقه على عبارة وردت فى الدر المختار ونصها "ويسأل القاضى "المدعى عليه" أى بطلب المدعى وقيل أن كان المدعى جاهلا يسأل القاضى المدعى عليه بدون طلبه«١». وذهب آخرون من الحنفية الى أن القاضى يسأل المدعى عليه ولو بغير طلب المدعى وعلى هذا الرأى الشافعية والمالكية، والحنابلة«٢». فى الأصح عندهم.

---

(١) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٣ ص ٢٩٤.
(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٠، حاشية اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٥٧ فقه شافعى الخرشى على مختصر خليل ج ٧ ص ١٥٤، ١٥٥.

جاء فى حاشية الدر [شرح الغرر] ويسأل القاضى المدعى عليه وان لم يطلب المدعى "ويبين كيفية الطلب بقوله كأن يقول سل عن دعواى أهى حق أم لا؟ ثم قال ان الراى القائل بأن السؤال يكون من القاضي ولو لم يطلبه المدعى هو الأصح كما فى المبسوط«١»٠

الشرط السادس:

أن تتضمن الدعوى بيان أن المدعى عليه غير محق فى منازعة المدعى ومعارضته٠ وقد تبين من خلال كلام الحنفية فى هذه المسألة أن المدعى يلزمه أن يذكر فى دعوى المنقول العبارة التالية "فى يده بغير حق" «٢» وضمير الغيبة يعود على المدعى عليه٠ ويعنى هذا الكلام، أنه إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو بدين فان هذه العبارة لا يجب ذكرها٠ وقد يقال لماذا يجب أن يقال فى دعوى المنقول: ان المدعى به فى يد المدعى عليه بغير حق ولا يجب ذلك فى دعوى العقار والدين؟

وأجيب عنه«٣» بأن المدعى به فى دعوى المنقول يكون تحت يد المدعى عليه ولهذا لزم ذكر هذه العبارة ومع لزوم تعيين المدعى به لتمام الدعوى فيجب على المدعى أن يبين أن المدعى به فى يد المدعى عليه بغير حق حتى يلزمه القاضى باحضاره الى مجلس القضاء

---

(١) حاشية الدر ج ٢ ص ٣٣٢٠

(٢) تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٥٢، انظر فى هذا المعنى ما ذكره ابن فرحون من أنه يجب أن يبين المدعى أن المدعى به فى يد المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الاجارة أو المساقاة أو غير ذلك: ومعنى ذلك أنه إذا كان المدعى به مغصوبا وينكر المدعى ذلك فان المدعى به يكون تحت يد المدعى عليه بغير حق، ومثل ذلك بقية الدعاوى المذكورة" إذا اتضح عندها بسبب من الأسباب التبصرة ج ١ ص ١٣٠٠

(٣) المرجع المذكور،

فيشير إليه المدعى فيتحقق شرط التعيين. وقول المدعى أن المدعى به فى يد المدعى عليه بغير حق، يوجب على القاضى أن يأمره باحضاره الى مجلس القضاء، وإلا فلا يجبره القاضى على الاحضار. وقد ذكرنا عند الكلام عن الشرط الرابع أن المدعى يلزمه المطالبة بحقه فى دعوى العقار والدين، فهل معنى ذلك أن هذه المطالبة ليست بلازمة فى دعوى المنقول؟

وقد أجاب عن ذلك صاحب التكملة بقوله(١):-

"إن المطالبة مما لا بد منه فى دعوى المنقول أيضا" ثم قال مبينا صحة قوله:

"وإن لم يكن ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله، لأن المطالبة حق المدعى فلابد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول".

وعلى هذا فان صاحب التكملة يرى أن الدليل على وجوب ذكر المطالبة فى دعوى العقار والدين. وهو عبارة "لأن المطالبة حق المدعى" يشمل كذلك دعوى المنقول فتكون المطالبة فيها حق المدعى ولابد من ذكره. ولما كانت المطالبة بالحق فى الدعوى لا تقوم الا بعد تعيين المدعى به، فإن الأمر فى دعوى العقار والدين ظاهر إذ أن التعيين فيهما يتحقق بعدة أمور قد تقدم ذكرها فى شروط المدعى به.

أما فى دعوى المنقول فيلزم احضار المدعى به حتى يشير اليه

---

(١) ج ٧ ص ١٥٤ تكملة فتح الغدير.

المدعى، وعلى ذلك فتكون المطالبة بعد إحضار المدعى به الى مجلس القضاء حتى تتحقق الفائدة فى ذكر المطالبة به.

يقول صاحب التكملة "مابقى شئ يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة، ولاشك أن إحضار المنقول الى مجلس القاضى مما يتعلق به تمام الدعوى، فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه إذ ذاك، أن يقول: فى يده بغير حق ... حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول، الى مجلس القاضى، ويصح للقاضى تكليفه باحضاره اليه"«١».

الشرط السابع: عدم التناقض«٢»

وقبل الكلام فى تحقيق هذا الشرط عند العلماء نقول والله المستعان.

التناقض:

هو ان يصدر من المدعى فعلا أو قولا قبل دعواه يعارضها.

ولهذا فان هذه الدعوى لا تعتبر صحيحة، ولا يلزم المدعى

---

(١) تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢) انظر حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢٩١ وقد ذكر فى ذلك أبياتا من الشعر جمع فيها شروط صحة الدعوى وهذه هى الأبيات التى قالها الحموى:

أيا طالبـــا منى شرائط دعوة   فتلك ثمان من نظامه لها حلا
فحضره خصيم-وانتفاء تناقض   ومجلـــس حكم بالعدالة سربلا
كذلك معلوميـــة المدعى بـــه   وإمكانه والعقل دام لك العلا
كذلك لسان المدعى من شروطها   والزامه خصما به النظم كملا

عليه جوابها. وكذا ان كانت المعارضة عن طريق شهوده.

فمن ادعى ملكية عين من الأعيان وذكر سبب هذه الملكية ثم جاء الشاهد وذكر سببا آخر فلا تسمع هذه الدعوى للتناقض بين الشهود والمدعى.

ومثاله أيضا. أن يقول: هذه الدار وقف على مسجد كذا ثم يدعى بعد ذلك ملكيتها لنفسه بسبب الوراثة، أو يدعى ملكيتها لغيره، فان هذه الدعوى لا تسمع للتناقض.

والتناقض فى الدعوى كما يمنع سماعها بالنسبة الى المدعى، يمنع صحتها كذلك وسماعها من المتناقض بالنسبة الى غيره إذا ادعاها له بطريق الوكالة أو الوصاية. فإذا صدر منه اقرار بأن هذه الدار لفلان وليست ملكا له ثم ادعى ملكيتها لنفسه أو بموكله وهو شخص آخر بتاريخ سابق على الاقرار لم تسمع دعواه فى الحالتين للتناقض«١».

وإذا كان التناقض يمنع صحة الدعوى بالنسبة لشخص يمكن أن يخلفه شخص آخر أو ينوب عنه فيكون التناقض مانعا أيضا من صحة الدعوى من هذا الذى آل اليه الأمر لكونه خليفة أو وكيلا. فالدعوى التى لا تسمع من المورث بسبب التناقض، لا تسمع من الوارث لنفس السبب.

---

(١) جامع الفصولين من ج ١ ص ٩٠، انظر فتح المعين هامش حاشية ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين للسيد علوى من السيد السقاف ص ٤٠٨، انظر حاشية اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٥٧، كشاف القناع ج ١ ص ٣٣٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٠٦.

وكذا دعوى الموكل التى لم تسمع للتناقض فإنها. لا تسمع من الوكيل. وقد ذكر الطحطاوى عن أبى السعود قوله "وفى هذه دلالة ظاهرة على ما نقله الشيخ حسن فى رسالة الإبراء عن فتاوى الشيخ الشلبى حيث حكى الاجماع على أن دعوى الوارث لا تسمع فى شئ لا تسمع فيه دعوى المورث أن لو كان حيا. كما إذا أقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وأبرأ إبراء عاما لا تسمع دعوى الوارث بعده ...الخ. وإذا عرف هذا فى الأبراء فكذا فى غيره من بقية الموانع، كما لو ترك الدعوى فى حق لا من جهة الارث حتى مضى خمس عشرة سنة وقولهم لا تسمع الدعوى بعد خمس عشرة إلا فى الإرث يحمل على ما إذا لم تمض الخمس عشرة سنة قبل موت مورثه انتهى«١».

وإذا كان التناقض يمنع سماع الدعوى بالنسبة الى المدعى ولغيره إذا ادعاها له بطريق الوكالة أو الوصاية، فهل يشترط أن يكون الكلامين المتناقضين عند القاضى، أو يكفى أن يكون الكلام الثانى عند القاضى حتى يتحقق التناقض ويكون مانعا من سماع الدعوى؟

أشار صاحب الدر المختار الى أن فى المذهب خلافا، وأن أرجح القولين هو القول الثانى الذى نص على أن التناقض يتحقق بوقوع الكلام الثانى فقط عند القاضى لأن التناقض كان به«٢».

ولا يشترط أن يكون الكلامان قد حصلا فى زمان واحد بل ولو فى زمانين مختلفين.

---

(١) انظر حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢١٦.
(٢) انظر الدر المختار شرح تنوير الأبصار هامش المجلد الثالث ص ٢١٦ من حاشية الطحطاوى عليه.

وإذا قيل بأن التناقض يتحقق بوقوع الكلام الثانى فقط عند القاضى، فإنه يلزم لذلك حتى يكون كافيا، اثبات الأول عند القاضى ليدفع به دعوى المدعى.

ومن هنا فإن العلامة المقدسى قد أصاب وأجاد عندما قال: "بل يكاد ان يكون الخلاف لفظيا لأن الذى حصل سابقا على مجلس القاضى لابد أن يثبت عنده ليترتب على ماعنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما فى مجلس القاضى، فالذى شرط كونهما بمجلسه يعم الحقيقى الحكمى فى السابق واللاحق انتهى«١».

وتطبيقا لهذا لو أقر زيد بأنه لا حق له قبل عمر ثم ادعى زيد على عمرو حقا بتاريخ سابق على الإبراء ففى هذه الحال يكون لعمرو أن يدفع دعوى زيد عليه بالإبراء السابق.

وسواء كان كلام زيد الأول - الإبراء - فى مجلس القاضى، أم لم يكن، بل كان الكلام الثانى فى مجلس القاضى فقط فإن كان الكلام الأول بعيدا عن مجلس القاضى فيتطلب الأمر اثباته أمام القاضى، لأن إثباته عنده يترتب عليه حصول التناقض مع الكلام الثانى.

ما يغتفر فيه التناقض«١»:

يغتفر التناقض إذا كان فيما يظهر فيه معذرة المدعى وكان فى محل خفاء ومن أمثلة ذلك ما إذا ادعت امرأة أنها زوجة زيد وأنها باقية على عصمته إلى الآن وطالبته بالنفقة ثم إدعت عليه الطلاق

---

(١) حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢١٦.

(٢) ٦نظر جامع الفصولين ج ١ ص ٩٠ درر الحكام ج ٤، ص ٢٥٨.

البائن بتاريخ سابق على دعوى النفقة فمثل هذا التناقض مغتفر لأن الطلاق مما ينفرد به الزوج ولا يشترط لوقوعه علم الزوجة ٠

وإذا بلغ القاصر فأبرأ وصيه من كل حق ثم إدعى عليه شيئا بعد ذلك قال: انه لم يكن يعلمه، قبلت دعواه، لأن الوارث لا يحيط علما بكل ما يتركه مورثه، فيعذر في إبرائه السابق· وكذلك الوصي إذا أقر أنه استوفى جميع ماكان للمتوفى على الناس، ثم إدعى على رجل دينا للمتوفى سمعت دعواه، إذا الوصي لا يحيط بكل دين للمتوفى· ولأن هذا الإقرار لم يترتب عليه ثبوت حق لأحد ٠

والحكم كذلك إذا صدر مثل هذا الإقرار من الوارث، ثم ادعى دينا لمورثه على أحد من الناس: ومثل ذلك أيضا إذا قال شخص لمجهول النسب ليس هذا ابني، ثم إدعى أنه إبنه قبلت دعواه لكون النسب مما يخفى(١)٠

ما يرتفع التناقض به:

ذكر صاحب الدر أن التناقض يرتفع بالأمور الآتية :-

١ - تصديق الخصم·

٢ - بقول المتناقض تركت كلامي الأول أي يترك الدعوى الأولى ويحصر المطلوب في الدعوى الثانية ٠

٣ - تكذيب الحاكم·

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٨٢٠

٤ - بالتوفيق - وزاد صاحب درر الحكام أمرا خامسا يرتفع به التناقض وهو "إذا كان محل خفاء وظهرت معذرة المدعى".

الأمر الأول - تصديق الخصم:

والتصديق إنما يرتفع به التناقض إذا صدقه المدعى عليه، وإنما قيل بارتفاع التناقض بتصديق المدعى عليه، لأن الدعوى الثانية لو لم يصدق المدعى عليه المدعى لا يقبل لدفعها بالأولى. فإذا وافق المدعى عليه على الدعوى الثانية فقد ترك المدعى الدعوى الأولى التى تناقضها وحتى زال المانع عاد الممنوع فتسمع الدعوى الثانية «١».

الأمر الثاني - قول المتناقض تركت كلامى الأول:

قال صاحب التكملة تعليقا على هذا الأمر: "بان ذلك يقتضى الا يكون هناك تناقضا اصلا" لأن كل متناقض يمكنه ان يقول ذلك.

ثم قال: "والظاهر أن هذا قاصر على ما إذا ادعى الشئ مطلقا ثم ادعاه بسبب فإذا قال ذلك قبل قوله. أما لو قال: هذا ملك المدعى عليه ثم قال: بل ملكى، وتركت الأول، وادعى بالثانى فلا قائل بسماع دعواه حينئذ - ويرشد الى ذلك قوله تركت الأول لأن الأول لم يكن حقا خالصا له لم يجز له أن يتركه لأن الانسان لا يملك الا ترك ما يملكه.

ثم نقل عن البزازية عن الذخيرة: ادعاه ملكا مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا ملكا مقيدا، وبرهنت عليه،

---

(١) درر الحكام ص ٢٥٨ ج ٤.

فقال المدعى: ادعيته بذلك السبب الآن وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع، لأن التناقض إنما يمنع إذا تضمن ابطال حق على أحد.

وأساس هذا أن الملك المطلق أزيد من الملك المقيد، بثبوت المطلق من الأصل، وثبوت المقيد من وقت وجود السبب. ولذا كانت زوائد الشئ المملوك ملكا مطلقا لمدعيه من غير بداية ولا تكون لمدعى الملك بسبب الا من وقت السبب. ومن هذا يتضح أن العدول عن دعوى الملك المطلق الى الملك بسبب تنازل عن بعض ما يدعيه، ولذا يقبل منه ذلك، كالذى يدعى على آخر مائة دينار، ثم ترك ذلك الى ادعاء تسعين دينارا، ولذا جاء فى البحر عن البزازية: وصف المدعى مدعاه فلما حضر خالف فى البعض فإذا ترك الدعوى الأولى وادعى ما هو حاصل سمعت دعواه، لأنها دعوى مبتداة. وإلا فلا. ومقتضى ما ذكر أنه إذا ترتب على تركه الكلام الأول تفويت حق للغير او لم يكن له حق تركه أو التنازل عنه لم يقبل منه ذلك والا قبل.

وقال فى المنح أن التناقض كما يرتفع بقول المتناقض تركت الأول، يرتفع برجوع المتناقض بأن يقول: تركته وادعى بكذا" انتهى((١)).

الأمر الثالث: تكذيب الحاكم:

وصورة ذلك كمن ادعى أنه كفل عن مديونه بالف فانكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفيل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال ثم أن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن

---

(١) حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢١٦.

على ذلك تقبل الدعوى ويرجع الكفيل على المديون مما كفل لأنه صار مكذبا شرعا بالقضاء.

ومثاله أيضا: إذا است المبيع من المشترى بالحاكم فإنه يرجع على البائع بالثمن ولا يدفعه أنه أقر للبائع بالملك وكون كل مشتر مقرا بالملك للبائع، لأنه حكم القاضى ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا باتصال القضاء به(١).

الأمر الرابع - التوفيق:

إذا ادعى شخص شيئا لغيره ثم ادعى ذلك الشئ لنفسه فان هذه الدعوى لا تقبل، لوجود التناقض إلا أنه قيل أن هذه الدعوى تقبل ان وفق بين القولين بأن قال: كان هذا الشخص محل الدعوى للمدعى له أولا ثم اشتريته منه. أى أنه حق ادعى به لغيره لما كان هذا الشئ لهذا الغير. ثم فى الدعوى الثانية إنما ادعى به لنفسه لأنه قد اشتراه.

وعلى ذلك فالتناقض انما يبطل الدعوى إذا لم يمكن التوفيق فإذا أمكن التوفيق فان التناقض يرفع به.

والتوفيق هو أن يوفق المدعى بين الكلامين ليصير كل منهما صحيحا.

وقد ذهب بعض الحنفية إلى أن إمكان التوفيق بين الكلامين المتخالفين يكفى لرفع التناقض وإن لم يوفق المدعى بينهما فعلا.

---

(١) حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢١٧.

ولم يضع أصحاب هذا الرأى قيودا على امكان التوفيق فيستوى فى نظرهم أن يكون وجه التوفيق بينهما واحدا أم متعددا بينا أم غير بين٠

وإذا كان هذا هو الرأى الأقيس فى مذهب الحنفية، فإن فريقا آخر منهم يرى: أنه لابد من أن يوفق بينهما فعلا توفيقا سائغا مقبولا٠

وإنما قلنا أن الرأى الأول هو الأقيس، لأن إمكان التوفيق فى ذاته دافع للتناقض، وإذا رفع التناقض فلا محل للحكم بوجوده، وإذا لم يكن ثابت متحققا فلا وجه لأن يمنع سماع الدعوى بناء عليه، ولا محل للاحتياط بمنع سماعها مادام أن المدعى لا يستحق بدعواه شيئا٠

وفى المذهب الحنفى قولان آخران أحدهما: أنه إذا كان التعارض دافعا فى كلام المدعى عليه فيكتفى بامكان التوفيق، ولا يشترط أن يوفق بين الكلامين فعلا٠

أما إذا كان التعارض دافعا فى كلام المدعى فإن الدعوى لا تسمع إلا إذا تم التوفيق فعلا٠

والسبب فى هذا التوفيق هو أن المدعى يهدف الى تغيير الواقع، وهو مستحق، وهو غير المدعى عليه الذى يدافع عن نفسه، والظاهر معه وهو يصلح حجة للدفع لا للإثبات والإستحقاق فيكتفى فى جانبه بامكان التوفيق لأن الظاهر هو عدم التعارض عادة٠

ثانيهما :

أنه يكتفى بامكان التوفيق إذا كان وجه واحد ظاهرا أما إذا تعددت وجوهه فلابد من التوفيق فعلا حتى يتبين دافع الآخر ويتضح وجه الخصومة ٠

والفتوى على أنه يجب لدفع التناقض التوفيق فعلا حتى يتحدد سير الخصومة وأساسها ويصدر الفصل فيها على بينة من أمرها ولذا كان واجب القاضى عند حدوث التناقض أن يستوضح المتناقض عن تناقضه وعن وجه التوفيق ولا يقضى عليه بمنعه من دعواه بمجرد حدوثه٠

ومن الأمثلة المتفرعة عن ذلك:

١ - ادعى شخص على آخر أن الدار التى فى يده ملك له ورثها عن أبيه منذ سنة ثم ادعاها ثانيا بعد عجزه عن إثبات دعواه الأولى بأنها ملكه اشتراها من فلان منذ سنتين فعلى القياس تسمع الدعوى الثانية لامكان أنه اشتراها من فلان منذ سنتين ثم باعها لأبيه ثم مات ابوه فورثها عنه منذ سنة ٠ وعلى الأقوال الثلاثة الأخرى لابد من التوفيق بالفعل لاشتراطه مطلقا أو إذا كان فى كلام المدعى أو إذا تعدد وجه التوفيق لأن لتملك أبيه إياها له أسباب كثيرة لا تقتصر على الشراء ٠

٢ - طلب شخص زوجته الى محل طاعته فدفعت دعواه بأن الذى زوجها منه أخوها وأنها اختارت نفسها عند بلوغها، ثم عجزت عن إثبات دفعها هذا فعدلت عنه وقالت أنه طلقنى٠

فعلى الاستحسان لابد من التوفيق فعلا بأن نقول: بعد أن اخترت نفسي وقت البلوغ علمت أنه طلقني، وعلى القياس والقولين الآخرين، يكفي امكان التوفيق، فيثار في دفعها الأخير وأن لم توفق لأن التناقض حدث في كلام المدعى عليه ولتعذر أوجه التوفيق أن تكون قد اختارت نفسها فعلا، ولم يكن مستوفيا لشروطه، وأنه طلقها بعد ذلك. أو أنها لما عجزت عن اثباته طلقها بعد ذلك(١).

وأصحاب المذاهب الأخرى غير الحنفية من مثل المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، يقولون بأن الدعوى لا تسمع بتناقض ولهذا فلا يطلب من المدعى عليه جوابها.

وكما تبطل الدعوى بالتناقض فان الشهادة أيضا لا تسمع إذا خالفت الدعوى كأن ادعى ملكا بسبب فذكر الشاهد سببا آخر، فلا تسمع الشهادة أن يعيدها الشاهد على وفق الدعوى. وهو ما خرج به الحضرمي واقتضاء كلام غيره ومن أمثلة التناقض عن الزيدية أن يدعي وديعة فيقول الوديع ما أودعتني شيئا فيقيم المدعى البينة على دعواه، فإذا دفعها المدعى عليه بأنه قد ردها اليه لم تسمع لأنه لا يتصور رد مع قوله ما أودعتني شيئا.

الشرط الثاني من صحة الدعوى:-

أن لا يمضى على ترك المدعى لدعواه المدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى.

---

(١) انظر تبصرة الحكام ج ١ ص ١٠٦، حاشية اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٣٥٢، فتح المعين هامش ص ٤٠٨، من حاشية عرشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٨ شرح الازهار ج ٤ ص ١٢٤.

قال الشافعية : هو أن تكون قبل مضى خمسة عشر سنة فى غير المواريث. ورأيهم هذا نقله صاحب حاشية ترشيح المستفيدين عن الزيادى تبعا لغيره، قال: لنهى الامام عن ذلك. فإن ولى الأمر إذا شرط على القاضى عدم الحكم فى أمر مخصوص اتبع. وجريا على ذلك نظم الابيارى فى سعود الطالع شرائط الدعوى فقال:

لاتسمع الدعوى بدون شرائط   سبع وذلك أن تكون مفصلة
تعينها الالزام تكليف وقبل   مضى خمسة عشر عاما كاملة
من غير أهل حرابة وبالاتناقض   احفظن تنل الأيادى انطائلة«١»

وقال الحنابلة :-

أن تكون الدعوى متضمنة لطلب حق يمكن الحكم به.

وفسروا ذلك الشرط بأن تكون الدعوى بدين حال، فلا تصح بدين مؤجل، لأن المدعى لا يملك المطالبة بادائه قبل حلول الأجل.

واستثنوا من عدم صحة الدعوى بالمؤجل، الدعوى لحفظ المال: كما إذا خاف المدعى سفر الشهود أو خاف سفر المدين فان الدعوى فى هاتين الحالتين تصح«٢».

وقال الحنفية : أن مرور الزمن على نوعين:«٣»

---

(١) حاشية ترشيح المستعيدين بتوشيح فتح المعين ص ٤٠٨.
(٢) مطالب أولى النهى ج ٦ ص ٥٠٢.
(٣) درر الحكام ج ٤ ص ٢٥٩.

النوع الأول:

مرور الزمن الذى حكمه اجتهادى ومدته ست وثلاثون سنة . ولذلك فالدعوى التى تترك ست وثلاثون سنة بلا عذر لا تسمع مطلقا حيث أن ترك الدعوى تلك المدة مع الاقتدار عليها وفقدان العذر يدل على عدم الحق.

النوع الثاني:-

مرور الزمن المعين من قبل السلطان. وهذا النوع موقوف على أمر باستماع تلك الدعاوى فانها تسمع.

وعليه فالسلطان له أن يمنع قاضيا من استماع الدعوى التى تقع فيها مرور زمن من هذا النوع وأن يأذن قاضيا آخر بسماع مثل هذه الدعوى.

ومن هنا فان الفتاوى التى أفتى بها مشايخ الاسلام كما نقل صاحب الدر لحكام [عنى على الندى] استماع الدعوى فى مثل هذا النوع من مرور الزمن قد ذكر فيها بأنها لا تسمع بلا أمر .

وقال الحموى:

إن هذا النهى هو فى حق القاضى وليس فى حق الحكم فلذلك إذا فصل الحكم دعوى مر عليها خمس عشر سنة فصحيح وينفذ .

وفى رد المختار:-

لو أن شخصين عينا القاضى حكما بفصل دعوى، فللمحاكم المذكور أن يفصل فى تلك الدعوى، ولو مر عليها خمس عشر سنة ·

واشترط المالكية أن لاتكذب العادة الدعوى· واحترز بهذا الشرط عن دعوى دار بيد حائز يتصرف فيها المدة الطويلة والمدعى حاضرا ساكت(١) ·

ومعنى ذلك أن هذه الدعوى غير مقبولة ولا تسمع، لتكذيب العادة لها، لأن المدعى قد ترك حقه هذه المدة الطويلة فليس له المطالبة به بعد ذلك·

والواضح من هذا النص أن المدة لم تقيد بوقت غير كونها طويلة ·

وقد عد ابن فرحون هذه الدعوى من الدعاوى التى تشهد العادة بكذبها وهذه الدعاوى لا تسمع لتكذيبها بالعرف هذا ما ذكره ابن فرحون فى تبصرته ونصه:

"الشرط الخامس أن تكون الدعوى فيما لا تشهد العادة والعرف بكذبها والدعاوى باعتبار هذا المعنى ثلاثة أنواع· نوع تكذبه العادة، ونوع تصدقه العادة، ونوع متوسط لا تقضى العادة بصدقه ولا بكذبه·

---

(١) حاشية الشيخ على العدوى هامش ج ٧ ص ١٥٣ من الخرشى·

النوع الأول:

ما تشهد العادة بكذبه كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبني ويؤجر مع طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من توقيع رهبة أو رغبة. وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدعي أن له فيها حقا، وليس بينهما شركة، ثم قام يدعي أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعواه، فهذا لا تسمع دعواه أصلا، فضلا عن بينته لتكذيب الواقع اياه(١). والقوانين الوضعية تفرق بين انقضاء الخصومة بالتقادم وسقوط الحق به. فمدة انقضاء الخصومة بالتقادم ثلاث سنوات حتى ولو كان الحق المدعى به من الحقوق التي لا تنقضي بالتقادم أو من الحقوق التي لا تنقضي بعدم الاستعمال كحق الملكية، أو كان من الحقوق التي تنقض بفوات مدة تقل عن خمس سنوات.

وعلى ذلك فإذا رفعت دعوى للمطالبة بحق يسقط بمضي سنة واحدة وقام بالمدعي سبب من أسباب انقطاع الخصومة فتكون في حماية من السقوط، ويكون الحق أيضا بمأمن من السقوط بالتقادم ولا يسقط الا إذا انقضت الخصومة بالتقادم(٢).

ولو تأملنا في أقوال فقهائنا السابقة لوجدنا أنهم لا يقولون بانقضاء الخصومة بالتقادم ففي رد المحتار ما يبين أن تعيين الحكم للفصل في الدعوى يجعل الحكم فيها حقا للمدعي ولو مضت خمس عشر سنة.

وقد برر واضعوا القانون انقضاء الخصومة بالتقادم، من أجل ألا تتراكم القضايا أمام المحاكم.

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٢٩.
(٢) انظر المرافعات المدنية والتجارية لاحمد أبوالوفا ص ٥٦٧.

الفصل الثاني

دفع الدعوى

يهدف دفع الدعوى الى ابطال دعوى المدعي، وصاحب المصلحة في ذلك هو المدعى عليه، ولا تبطل الدعوى التي أقامها المدعي إلا إذا أثبت المدعى عليه أن شرط تحقق الخصومة بينه وبين المدعي منعدم، أو لأن المدعي مبطل في دعواه.

وعلى ذلك فالذي يدفع الدعوى أولا هو المدعى عليه. ولا تقف مرتبة الدفع عند ذلك، بل ان المدعي يمكنه أن يدفع دفع المدعى عليه، وعلى المدعى أن يثبت ذلك.

إذن الدفع من المدعى عليه يكون صحيحا إذا أثبته، كما أن دفع هذا الدفع من المدعي يكون صحيحا بالاثبات أيضا وهكذا وان كثر على رأي بعض الفقهاء. وهناك رأي آخر في الفقه يقول لا يسمع الدفع بعد ثالث. ومثال ذلك، إدعى شخص الملك المطلق. فقال اشتريته منك، فدفع قائلا. بالاقالة فدفع المدعي قائلا بأنك أقررت ما اشتريته مني بسمع هذا الدفع في المختار من هذه الأقوال.

هذا وجه من أوجه الدفع. وهناك وجه آخر له يسمى بدفع الخصومة، وصورته أن يدعي شخص على آخر شيئا كدار وهي تحت يد المدعى عليه، فيقول: ان هذه الدار ملكي، فيدفع المدعى عليه الدعوى بقوله هذه الدار مؤجرة له من فلان الغائب. فإذا أثبت المدعى عليه دفعه بالبينة اندفعت الخصومة. وسوف نتعرض لهذه الأوجه بالتفصيل ان شاء الله تعالى.

يتطلب كلامنا فى هذا الفصل أن نقسمه الى عدة مباحث هى:

المبحث الأول: فى تعريفه وشروط قبوله.

المبحث الثانى: فى أقسامه.

المبحث الثالث: فى شروط صحة دفع الخصومة.

المبحث الرابع: فى خلاف الفقهاء فى بعض مسائل الدفع وأهم نتائج هذا المبحث.

ونبدأ بحول الله وقوته بالمبحث الأول وهو: تعريف الدفع. وشروط قبوله.

المبحث الأول

تعريف الدفع وشروط قبوله

هذا المبحث نتكلم فيه في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الدفع.

المطلب الثاني: شروط قبوله.

المطلب الأول

تعريف الدفع

أولا في اللغة:

قال في المصباح المنير: دفعته دفعا نحيته فاندفع. ودفعت عنه الأذى ودافعت عنه مثل حاججت. ودافعته عن حقه، ماطلته، وتدافع القوم دفع بعضهم بعضا.

ودفعت القول رددته بالحجة، ودفعت الوديعة الى صاحبها رددتها اليه، ودفعت عن الموقع رحلت عنه، ودفع القوم جاءوا بمرة، ودفعت الى كذا بالبناء للمفعول انتهيت اليه.

والدفعة بالفتح المرة، وبالضم اسم لما يدفع بمرة يقال: دفعت من الاناء دفعة بمعنى المصدر، دفعها دفعات. مثل سجدة وسجدات. وبقى في الإناء، دفعه بالضم أى مقدار يدفع. قال ابن فارس: والدفعة

من المطر والدم وغيره مثل الدفعة، والجمع دفع ودفعات مثل غرفة وغرفات في وجوهها(١).

فالدفع لغة: الرد.

ثانيا في الاصطلاح:-

الدفع شرعا: هو الاتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي(٢).

واعتراض على هذا التعريف، بأنه يلزم منه الدور وهو باطل.

ولأجل ازالة الدور قيل أن معنى "تدفع": ترد وتزيل دعوى المدعي(٣).

وعلماء علم القضاء في الفقه الاسلامي يعرفون الدفع بأنه:-

دعوى المدعى عليه في مقابلة دعوى المدعي لابطالها.

والتعريفان لا يوجد بينهما خلاف في المعنى، لأنهما يتفقان على أن الدفع عبارة عن دعوى من المدعى عليه، وقد يكون من المدعي، إذا أقامه لرد دعوى المدعى عليه، ولاحد لذلك عند بعض العلماء الذين قالوا: ان دفع الدعوى يقبل ولو زاد عن ثلاث(٤).

---

(١) ج ١ ص ٩٠.
(٢) درر الحكام ج ٤ ص ١٨٦.
(٣) وعلى ذلك لو أن التعريف ورد فيه كلمة "ترد" بدلا من كلمة "تدفع" لكان أفضل.
(٤) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٣١.

المطلب الثاني

شروط قبول الدفع(١)

يشترط لقبول الدفع، أن يكون المدعى عليه هو الذى أقامه. فلا يجوز من غيره ممن لا مصلحة له فى رد الدعوى.

فمثلا لو أن زيدا ادعى على عمرو بمبلغ فى المال دينا فى ذمته وأثبت زيد هذه الدعوى فجاء محمود جار عمرو - وادعى أن المدعى عليه - عمرو - أدى ذلك المبلغ لزيد، أو ادعى أن زيد أبرأ عمرو من المدعى به. فلا يسمع هذا الدفع الحاصل من محمود لكونه غير المدعى عليه.

والقول بأن الدفع لا يقبل من غير المدعى عليه ليس على اطلاقه، لوجود بعض الصور المستثناة من عدم صحة الدفع من غير المدعى عليه. وقد انحصرت فى صورتين.

الصورة الأولى:

وتتحقق هذه الصورة فى حالة ما إذا أقام المدعى دعواه على أحد الورثة فإن لكل واحد من بقية الورثة الذين أقيمت الدعوى على أحدهم - دفع هذه الدعوى. ويكون دفعه مقبولا، بشرط اقامة البينة على صحة ما يقول، وترد الدعوى بهذا الدفع.

---

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٣١.

الصورة الثانية:

وهى أن المبيع إذا استحق من يد المشترى فأقام البائع البينة بأن المستحق قد باعه ذلك المال قبل بيعه للمشترى فان دفعه يقبل حتى ولو لم تكن الدعوى الأولى على البائع.

وإذا تحقق شرط قبول الدفع، فإنه يصبح مطلقا. أى سواء أكانت اقامته قبل الحكم أم بعده، كانت الدعوى صحيحة أم فاسدة، باتفاق الأئمة فى الأصح.

ويصح الدفع قبل البرهان كما يصح بعد اقامته(1).

وقد يقال ما فائدة الدفع للدعوى الفاسدة مع أن القاضى لا يسمعها؟

وأجيب بأنه لو ادعاها مرة أخرى على وجه الصحة كان الدفع الأول كافيا.

---

(1) المرجع السابق، وانظر أيضا بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣١.

المبحث الثاني

أقسام الدفع

ينقسم الدفع الى قسمين:

[١] دفع الدعوى.

[٢] دفع الخصومة.

وعليه فاننا نقسم هذا المبحث الى مطلبين:-

المطلب الأول: دفع الدعوى.

المطلب الثاني: دفع الخصومة.

المطلب الأول

دفع الدعوى

تقدم أن ذكرنا أن دفع الدعوى هو "دعوى المدعى عليه فى مقابلة دعوى المدعى لابطالها، وأن هذا الدفع لا يكون الا من المدعى عليه، فلا يجوز من غيره. ويستفاد من هذا التعريف، أن الدفع دعوى. وهو دعوى مضادة لدعوى أخرى متقدمة عليه وهو مرتب عليها. وبه يصبح المدعى عليه. فى الدعوى الأولى الأصلية مدعيا ويصبح المدعى - الأصلى - مدعى عليه فى هذه الدعوى الفرعية وحيث أن صفات المتقاضين قد تغيرت بدفع الدعوى من المدعى عليه، فأصبح

باقامته مدعيا. وأصبح المدعى مدعى عليه. فان الأمر لا يقف عند هذا الحد. ونعني بذلك أنه يكون أيضا من حق المدعى عليه - المدعى الأصلي - دفع دعوى المدعى - المدعى عليه الأصلي وهكذا كلما كان هناك دفع فيكون للآخر دفعه. ولكن هل الدفع ودفعه يكون بلا حد ينتهي عنده أم أن له حدا فلا يجوز تجاوزه؟.

وأجيب عن هذا بالقول بأن«١»: "دفع الدفع ودفعه وأن كثر صحيح في المختار".

وقيل: لا يسمع بعد ثلاث. والمثال الآتي يظهر فيه تعدد الدفع، ادعى زيد الملك المطلق لدار تحت يد عمرو فقال: اشتريته منك، فدفع بالاقالة. فدفع قائلا: بأنك أقررت ماشتريته مني. فالدفع في هذا المثال صحيح في المختار ويسمع.

والذى يبين لنا من القول السابق، أن الدفع صحيح لثلاث درجات بالاتفاق، وأما ما زاد عن ذلك ففيه خلاف بين العلماء والمختار قول من قال: بأن الدفع وأن كثر صحيح«٢».

الدفع قبل الحكم وبعده«٣»:

دفع الدعوى يكون صحيحا بشرطه سواء أكان قبل الحكم في الدعوى أم بعده. ومثاله فيما إذا كان قبل الحكم دعوى زيد على عمرو بمبلغ من المال أخذه منه قرضا، وأثبت زيد ذلك. فقال عمرو: انى أديت لزيد المبلغ المدعى به. فيكون عمرو بهذا القول قد دفع

---

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٣١.
(٢) المرجع السابق.
(٣) حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٤٩٠.

الدعوى، ويجب على عمرو - فى هذه الحالة - إثبات دفعه بالوفاء بهذا المبلغ المدعى به عليه. فإن أثبت قوله: أنه وفى ما عليه لزيد قضى برد دعوى زيد عليه وبطلانها. فإذا لم يتمكن المدعى عليه من إثبات دعواه - دفعه - فيكلف المدعى - فى الدعوى الأصلية - بحلف اليمين لرد ما ادعاه عليه المدعى عليه. فإن حلف المدعى اليمين فإن الأمر لا يخرج عن أحد إحتمالين بالنسبة للدعوى الأصلية:

[أ] ثبوت الدعوى الأصلية:

نظرا لكون الدفع الذى أقامه المدعى عليه يتضمن الإقرار بالدعوى وفى هذه الحالة يحكم بأصل الدعوى ولا يطالب المدعى باثبات دعواه.

مثال ذلك:

ادعى محمود ١٠٠٠ جنيها على "حماد" من جهة القرض. فدفع "حماد" الدعوى قائلا: اننى أديت ذلك المبلغ. فأنكر "محمود" الوفاء وعجز المدعى عليه عن اثبات دفعه بالوفاء وطلب يمين المدعى فحلف، فإنه يحكم بالألف جنيه لمحمود على حماد، لأن دفع المدعى عليه بقوله: انى أديت المبلغ المدعى به، هو اقرار، المبلغ المذكور، ولما ادعى حماد الوفاء وعجز عن اثباته فيكون الدين ما زال باقيا فى ذمته، ويكون محمود مطالبا بالوفاء به فيجب الحكم على "حماد" بما عليه لمحمود.

[ب] عدم ثبوت الدعوى الأصلية:

وهذه الحالة تختلف عن الحالة السابقة، لأن الدفع هنا لا

يتضمن الاقرار بالدعوى، ولهذا يجب على المدعي البينة لاثبات دعواه ومثال هذه الحالة . دعوى أقامها "زيد" على "حسان" يطالبه فيها بدينه عليه وقدره ١٠٠٠ جنيه فدفع "حسان" الدعوى قائلا: انك أبرأتني من دعوى المال المذكور . فانكر المدعي "زيد" ولما كانت القاعدة تقضي بوجوب البينة على المدعي، فإن "حسان" يجب عليه إثبات الإبراء الذي ادعاه، فإن عجز ولم يستطيع اثبات الإبراء فتتوجه اليمين على زيد فإذا حلف زيد على أنه لم يبرء "حسانا" من الدين فإن الدعوى الأصلية تعود، ويطلب من زيد اثبات أن له على "حسان" المبلغ المدعي به.

وإذا نكل "زيد" فيقال له: ليس لك حق على "حسان" .

والفرق بين هذه الحالة والحالة الأولى: هو أن ادعاءه في الحالة الأولى باداءه الدين للدائن، والبراءة منه يعتبر اقرار به، ولا كذلك في الحالة الثانية، لأنه المدعي عليه بدفع الدعوى بالابراء، ولا يعتبر الإبراء في دعوى المال إقرار بالمال.

والدفع بعد الحكم يصح على القول المختار في مذهب الحنفية((١)) . وقد نص على أنه لا توجد قاعدة للمسائل التي يقبل فيها الدفع بعد الحكم والمسائل التي لا يقبل فيها الدفع بعد الحكم((٢)) .

لكنه ينبغي أن نقول: أن مسألة دفع الدعوى بعد الحكم هي محل خلاف في مذهب الحنفية . كما أشرنا الى ذلك في عنوان هذه

---

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٣١، حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٤٩٠.

(٢) انظر درر الحكام ص ١٩٤ ج ٤.

الفقرة - والمختار من هذين القولين هو القول الذى نص على أن الدفع يصح بعد الحكم كما يصح قبله.

ويشترط حتى يصح الدفع بعد الحكم أن يكون فيه برهان على ابطال القضاء.

وعلى ذلك فإن المدعى عليه إذا لم يدفع الدعوى أو دفعها ولم يبرهن عليه، فإن يده تكون يد خصومة وتكون دعوى المدعى متوجهة اليه وصح الحكم بها بعد اقامة البينة(١) على الملك لأنها قامت على خصم. ثم إذا أراد المدعى عليه أن يثبت ما دفع به لا يمكنه. لأنه صار أجنبيا يريد إثبات الملك للغائب فلم تتضمن دعواه إبطال القضاء السابق، والدفع إنما يصح إذا كان فيه برهان على إبطال القضاء ولما لم يقبل برهانه ولا دعواه لم يظهر بطلان القضاء وعلى هذا لا ترد المسألة على القول المختار(٢).

---

(١) لأن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى الدفع قبله البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٤٩١، ٤٩٢.

المبحث الثالث

شروط صحة دفع الخصومة

تندفع الخصومة عن المدعى عليه فى الدعوى التى أقامها المدعى إذا تحققت الشروط الآتية :

الشرط الأول:-

أن تكون الدعوى التى أقامها المدعى بالملك فقط. فلا يدعى مع الملك فعلا للمدعى عليه. فإذا ما أضاف فى دعواه فعلا مع دعواه الملك، مثل أن يدعى أن الدار التى تحت يد المدعى عليه ملكه، فيدفع المدعى عليه الدعوى بقوله:

هذه الدار أجرها لى فلان الغائب. فإذا أقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة. وأما لو قال المدعى هذه دارى وقد غصبتها منى أو أستأجرتها منى، فإن الخصومة لا تندفع عن المدعى عليه بقوله: أن هذه الدار أجرها لى فلان الغائب.

والفرق بينهما ظاهر، لأن المدعى فى الصورة الأولى ادعى ملكا فقط ولم يدع مع الملك فعلا من المدعى عليه بخلاف الصورة الثانية فإنه قد إدعى فيها ملكا وفعلا للمدعى عليه، هو الغصب أو الإجارة منه. ولا تندفع الخصومة فى هذه الحالة حتى لو أقام المدعى عليه البينة على قوله. ذلك أن ذا اليد فى الدعوى الملك المطلق إنما يكون خصما بيده ألا ترى أنه لوّ لم يكن المدعى به فى يده لم يكن خصما فإذا أقام البينة على أن اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب. فأما فى دعوى الفعل فإنما يكون خصما بفعله لا بيده، لأن

الخصومة متوجهة عليه بدون يده، والبينة من المدعى تظهر أن الفعل منه«١»٠ ويشترط أن يكون دعوى الفعل على ذى اليد فلو كانت دعواه على غيره فدفعه ذو اليد وبرهن على دفعه فإن الدعوى تندفع«٢»٠

الشرط الثاني:-

أن يكون المال المدعى به موجودا ٠

ومعنى هذا الشرط أن الدعوى التى يقيمها المدعى لا يصح دفعها من المدعى عليه إلا إذا كانت على شئ موجود فعلا٠ والعقار والمنقول فى ذلك سواء٠

فإذا ادعى بمال ليس موجودا، كما لو إدعى عليه دارا انهدمت أو سيارة تلف عينها فدفعها المدعى عليه بأن الدار كانت مستأجرة، وأن السيارة أودعها عنده فلان، فالدفع لا يقبل، والمدعى عليه خصم فى هذه الدعوى«٣» وقد ذكر ابن عابدين فى حاشيته أن عدم وجود الشئ المدعى يعنى هلاكه وأن الخصومة لا تندفع إذا ما كان المدعى به هالكا والعلة فى ذلك هى "أنه يدعى الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة أنه كان فى يده وديعة لاتبين أن ما فى ذمته لغيره فلا تندفع"«٤»٠

---

(١) ٩نظر بدائع الصنائع ج ٥، ص ٢٣١، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧١٠
(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٣٣٠
(٣) البحر الرائق المرجع السابق ص ٢٢٩٠
(٤) حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٤٩٨٠

الشرط الثالث:-

أن يكون الدفع من المدعى عليه بقوله: هذا الشئ أودعتيه أو أجرتيه أو أعارتيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبته. وكذا يكون الحكم فى بعض الصور التى ترجع الى الأمانة أو الى الضمان.«١»

فالدعوى إذا ما دفعت من المدعى عليه لأن محلها ملك للغائب. تندفع الخصومة، ويخرج المدعى عليه عن كونه خصما للمدعى الذى إدعى ملكا مطلقا لهذا المال الذى أقر المدعى عليه به للغير.

وهذه المسألة معروفة بالمخمسة لأن صورها خمس وهى: الوديعة، الإجارة، الإعارة، الرهن، الغصب.

ودفع الخصومة عن المدعى عليه فى هذه الصور هو قول عامة العلماء لكن بشرط اقامة البينة من المدعى عليه وقال ابن أبى ليلة: تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم وقال ابن شبرمه: لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم.

وذهب أبو يوسف الى أنه إذا كان المدعى عليه معروفا بالافتعال والاحتيال لاتندفع عنه الخصومة.

ويرى الإمام أبو حنيفة ومحمد أن الخصومة تندفع عنه حتى ولو كان معروفا بالافتعال والإحتيال«٢»، وانما اندفعت الخصومة فى هذه الصور لأن يد المدعى عليه غير يد المالك.

---

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨.
(٢) بخلاف ما إذا كان الحالف المدعى عليه فإنه يحلف على البينات لا على العلم.

ومعرفة ذلك تتوقف على إقامة البرهان من المدعى عليه، وله كذلك أن يحلف أن الغائب أودع عنده أو أعاره المدعى به. والحاكم هو الذى يحلفه بالله تعالى أنه - أى المدعى به - مودع عنده.

وقيل لا يحلف ذو اليد على الايداع، لأنه يدعى الإيداع.

ويقوم مقام البرهان من المدعى عليه. على أن المدعى به أعاره أو مودع - اقرار المدعى أن رجلا دفعه الى المدعى عليه فإذا ثبت ذلك فلا خصومة بينهما.

والبينة من المدعى عليه تأتى عقب برهان المدعى على دعواه التى أنكرها المدعى عليه وقبل قضاء القاضى بما طلبه المدعى وبرهن عليه.

ويجوز للمدعى عليه أن يطلب يمين المدعى، فإن حلف على العلم(١) أن فلانا - الذى نسب له المدعى عليه الايداع أو الإعارة - ما أودع أو ما اعاره المدعى به، فإن الخصومة لا تندفع ويكون المدعى عليه خصما فيها وإن حلف المدعى عن الحلف فلا خصومة. ويكون حال المدعى عند الإنكار كإقراره بأن الشئ المدعى به وديعة أو إعارة عند المدعى عليه(٢).

الشرط الرابع تعيين الغائب:

من الدافع فى دفعه ومن الشهود فى شهادتهم بذكر اسمه.

---

(١) انظر فى كل ما تقدم: البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨، ٢٢٩، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٤، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٤٢، ٣٤٣.

(٢) انظر البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨ الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٤ ومابعدها، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣١.

المقصود بالغائب هنا "الشخص الذى أودع أو أجر أو أعار أو رهن أو غصب منه.

وهو غير موجود فى مجلس القضاء وتعيين الغائب يكون بمعرفته بالوجه والإسم والنسب. وهذا قول محمد وهو المعول عليه فى مذهب الحنفية. وعليه لو قال الشهود نعرفه بوجهه فقط لا يكفى ولا تندفع الخصومة ومن باب أولى لو قالوا أودعه رجل لا تعرفه.

ولم يذكر شئ عن محمد فى قول الشهود، نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه. وإن كانت بعض الكتب قد ذكرت أن هذه المسألة فيها قولان.

ويرى الإمام أبو حنيفة [رضى الله عنه] أنه لابد من أن يقول الشهود نعرفه باسمه ونسبه وتكفى معرفة الوجه((١)).

وتعيين الغائب لا يكفى عند الشهادة أو الدفع فقط، بل لابد منه عند الشهادة والدفع معا. وعليه فإن المدعى عليه لو قال: إن المدعى به من مجهول، وقال الشاهدان: أنه من معين، فلا تندفع الدعوى لعدم تحقق شرط التعين عند الدفع والشهادة معا.

وفقهاء المذهب الحنفى إن كانوا قد اتفقوا على أن الدفع لا يصح إن لم يعين الغائب عند الدفع والشهادة معا، فإنهم قد يختلفوا فى الحكم إذا ما عين المدعى عليه الغائب بالاسم والنسب، وعينه. وقال الشهود. نعرفه بوجهه.

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون هامش ج ١ ص ١٦٥ من فتح العلمى المالك.

وبمثل ما قال الحنفية فى شرط تعيين الغائب، قال المالكية، والشافعية والحنابلة على التفصيل الآتى:

أولا فى المذهب المالكى«١»:-

جاء فى مذهبهم "وأما لو اضافه الى ملك غائب فإن أثبت ذلك ببينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب وأن لم يثبت ذلك لم يصدق. وحلف المقر له فإن نعل أخذه المدعى بغير يمين فإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه لأن من هى بيده يتهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه.

ثانيا: عند الشافعية«٢»:

جاء فى نصوص مذهبهم "وأن أقر به لغائب عن البلد ولا بينه تشهد له بملك المدعى به فالأصح انصراف الخصومة عنه اليه.

ثالثا: عند الحنابلة«٣»:

قالوا "وأن أقر من العين بيده بها لغائب أو غير مكلف معينين سقطت الدعوى وصارت على المقر له لأن اليد صارت اليه ويصير الغائب والولى خصمين ان صدقاه وحلف المدعى عليه للمدعى".

هذه النصوص التى ذكرناها تعرضت لدفع الخصومة من المدعى

---

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢٨، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٠، ٤٧١.

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢٨ مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٠، ٤٧١.

(٣) انظر حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار على الدر المختار ج ٧ ص ٤٩١، ٤٩٤.

عليه باضافة المدعى به الى الغير وهو غائب وقد نص الحنابلة على شرط التعيين له صراحة كما هو واضح من المنقول عنهم.

أما المالكية والشافعية فإنهم وإن لم يكونوا قد نصوا على وجوب تعيين الغائب صراحة، فإنهم لا ينقضوه عملا، ولعل بعض المسائل الأخرى التى ذكرت عندهم بالنسبة للمجهول مع ما ذكروه لها من أحكام، تؤكد أن التعيين للغائب شرط فى دفع الخصومة عن المدعى عليه.

ومن هذه المسائل التى قصدناها، ما جاء عند المالكية، من قولهم "لو قال: ليس هو لى أو هو لمن لا أسميه لم يمنع المدعى ذلك من تمام المحاكمة".

وما جاء عند الشافعية من قولهم "أو قال المدعى عليه هى لرجل لا أعرفه .... فالأصح أنه لا تنصرف عنه الخصومة "وعللوا هذا الحكم بقولهم. لأنه أضافها لمن لا تمكن مخاصمته.

الشرط الخامس:

أن لا يقر المدعى عليه بأن المدعى به هو ملك له، أو ملك للمدعى، قبلا أو فى الحال(١).

---

(١) هذا الوصف يقتضيه قول الحنفية ان الدفع يجعل المدعى

المبحث الرابع

في
خلاف الفقهاء في بعض مسائل الدفع
وأهم نتنائج هذا المبحث

نتكلم فى هذا المبحث عن أهم نقاط الخلاف بين الفقهاء - فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة - ومنها مسألة تحليف المدعى عليه وهو من دفع الدعوى بناء على طلب المدعى وهو من دفعت دعواه هذا أولا . وثانيا فى أهم الفروق بين دفع الدعوى ودفع الخصومة .

المسألة الأولى: تحليف المدعى عليه:

فى هذه المسألة اختلفت أقوال الفقهاء .

فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة - يرون أن المدعى الأصلى له طلب تحليف المدعى عليه ...، ويكون حلفه على أنه لا يعلم أن العين المدعى بها للمدعى.

ويترتب على هذا الحق، أن المدعى عليه إما أن يحلف وإما أن يمتنع عن الحلف. فإن حلف فالأمر ظاهر، وإن لم يحلف بأن نكل فإن العين المدعى بها تثبت للمدعى أو يثبت له بدلها .

وهل ثبوت الحق فى العين أو بدلها يتوقف على مجرد النكول من المدعى عليه؟

ذهب إلى ذلك الحنابلة وخالفهم المالكية والشافعية لأنهم

يقولون: ان المدعى عليه إذا نكل عن اليمين فإن المدعى يحلف ويثبت له هذا الحق«١»·

القول الثاني:-

إنفرد الأحناف بنفى هذا الحق· فهم يرون أن المدعى الأصلى ليس له تحليف المدعى عليه وهم بهذا القول إنما يؤكدون ما سبق أن ذكروه عند تعريف الدفع من أن المدعى يصبح مدعى عليه، والمدعى عليه يصير مدعى· وإذا كان ذلك كذلك فإن القاعدة التى اصلها هذا الحديث الشريف "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" تكون أساس رأيهم·

فإن المدعى لما أصبح مدعى عليه، والمدعى عليه لما أصبح مدعى يؤدى هذا الأمر الى جعل البينة على المدعى عليه - لدفع الدعوى - واليمين على من أنكر وهو المدعى - الذى دفعت دعواه· وقد نص على هذا الأمر صراحة فى كتبهم·

يقول ابن عابدين فى حاشيته "وظاهر قوله دفعت أنه لا يحلف للمدعى أنه لا يلزمه تسليمه اليه ولم أره الآن بحر وفيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يتوهم وجوب الحلف، أما قبله فقد نقل عن البزازية أنه يحلف الثبات لقد أودعها اليه لا على العلم· ثم نقل عن الذخيرة أنه لا يحلف لأنه مدع الايداع ولو حلف لاتندفع بل يحلف المدعى على عدم العلم«٢»·

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون هامش ج ١ ص ١٦٥ من كتاب فتح العلى لمالك، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢٨، كشاف القناع عن متن القناع ج ٦ ص ٣٤٢·

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٤٩٤·

المسالة الثانية : أهم النتائج:

أ ـ الدفع لا يوجد الا إذا سبقته دعوى أو خصومة .

ب ـ الدفع وسيلة من وسائل حماية الحق إذا كان دفعا للدعوى. أو يوقف الخصومة إذا كان دفعا لها .

ج ـ تقسيم الدفع الى قسمين ـ دفع دعوى ودفع خصومة ـ هو من إجتهاد الحنفية فقط.

أما بقية الفقهاء من المذاهب المشهورة فلم يتكلموا فى هذا التقسيم صراحة وإن كانوا قد رتبوا من الناحية العملية كثيرا من المسائل على مضمون هذا التقسيم.